

A. I. Nº - 128859.0212/08-9

AUTUADO - TRAPICHE-ADELAIDE COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA.

AUTUANTES - THILDO DOS SANTOS GAMA e EZILBERTO DE BRITO MOITINHO

ORIGEM - DAT METRO/INFAZ VAREJO

PUBLICAÇÃO - INTERNET - 02/10/2023

1^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0144-01/23-VD

EMENTA: ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO. CUPONS FISCAIS. SUPRESSÃO DE TRIBUTOS. FRAUDE NA OPERACIONALIZAÇÃO DO ECF. UTILIZAÇÃO DE SOFTWARE QUE PERMITE A DESATIVAÇÃO DO EQUIPAMENTO. FALTA DE EMISSÃO DE CUPONS FISCAIS NAS OPERAÇÕES DE VENDAS. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO PRINCIPAL. Comprovada parcialmente a prática da irregularidade imputada. Infração parcialmente subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 31/12/2007, formaliza a exigência de ICMS no valor histórico total de R\$ 37.649,46, acrescido da multa de 100%, em decorrência do cometimento da seguinte infração à legislação do ICMS imputada ao autuado: *Infração 01 – 02.11.02 – Descumpriu obrigação principal se constatando ação ou omissão fraudulenta diversa das especificadas expressamente em lei.*

Consta adicionalmente na descrição da conduta infracional imputada ao autuado que a supressão de tributo foi constatada através da verificação de utilização de *software* que permite ao usuário a desativação do ECF, possibilitando que uma operação de venda seja registrada em seu banco de dados sem o correspondente envio ao *software* básico do ECF do comando de impressão.

No campo “Descrição dos Fatos” consta o registro de que a omissão de saídas de mercadorias tributáveis foi apurada através de perícia em HDs apreendidos de computadores de propriedade do contribuinte, quando a perícia técnica foi realizada pela Polícia Civil e pela Secretaria da Fazenda, conforme demonstrativos constantes das planilhas anexadas.

Período de ocorrência: janeiro a junho de 2006, fevereiro, maio, junho e setembro de 2007.

O autuado, através de representante devidamente constituída, apresentou impugnação às fls. 61 a 81, salientando que com base na ação fiscal de combate a fraude, intitulada Operação Tesouro, grande parte dos restaurantes da capital baiana foi investigada, sendo o seu estabelecimento incluído nesse rol pelas autoridades fiscais, onde a presunção de culpa foi o maior balizador de condutas.

Assinala que se faz necessário esclarecer a realidade fatos, uma vez que a forma sucinta como foi relatada no Auto de Infração não permite a compreensão da real noção da situação fática que envolve o caso. Consigna que atua no ramo de restaurantes há mais de dez anos e sempre cumpriu com suas obrigações, inclusive fiscais, tendo se surpreendido diante da presente autuação.

Salienta que igualmente ficaram surpreendidos os seus prepostos, diante da completa desorganização da repartição fazendária, quando enfrentaram uma *via crucis*, que se iniciou na

tentativa de obtenção de informações acerca dos elementos que teriam servido de base ao lançamento, já que lhes tinham sido entregues apenas o Auto de Infração e uma deficiente planilha, contendo números “organizados” aleatoriamente, o que dificultou em demasia a elaboração da peça defensiva.

Aponta que a primeira inconsistência apurada consiste no fato de que o Laudo da Polícia Técnica sequer havia sido concluído, quando, segundo os autuantes, teria sido a perícia realizada pela polícia civil o objeto central do trabalho que culminou com a autuação.

Desse modo, outras diligências foram realizadas, em busca de informações esclarecedoras sobre a forma como os Auditores Fiscais teriam apurado os números informados no Auto de Infração. Assim sendo, entende que as dificuldades e o cerceamento de defesa enfrentados, por si só, são capazes de gerar a anulação da autuação. Complementa que o êxito alcançado pelo impugnante na descoberta dos equívocos cometidos pela fiscalização não é capaz de sanar os vícios verificados.

Assevera que após a contratação de pessoal especializado, assumindo despesa absolutamente desnecessária, já que, conforme comprovará, a autuação nada mais é do que um lamentável equívoco, constatou alguns fatos e elementos provavelmente não considerados na ação fiscal. Destaca que todo o procedimento foi um verdadeiro fiasco, atentatório à imagem e ao bom nome do autuado.

Ao versar a respeito do Direito, comenta sobre a alta carga tributária suportada pelos brasileiros, sobre as agressões cometidas contra a Constituição Federal e contra o sistema jurídico nacional. No caso da lide, assegura ser patente a violação aos seus direitos. Repete que o laudo pericial ainda não fora concluído, para lembrar que de acordo com o transcrito art. 2º do RPAF/99, são princípios de direito aplicáveis ao processo e aos procedimentos administrativos a legalidade objetiva, a verdade material e a garantia da ampla defesa, os quais foram desatendidos no presente caso.

Acrescenta que de acordo com os incisos II e IV, alínea “a” do art. 18 do mesmo RPAF, são nulos os atos praticados e as decisões proferidas com preterição do direito de defesa, bem como o lançamento de ofício que não contenha elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator. Realça que a fiscalização, decididamente, não dispunha de elementos suficientes para determinar, com um mínimo de segurança, qualquer infração praticada pelo impugnante.

Assegura que, além disso, não lhe foram dados os elementos indispensáveis a lhe garantir a ampla defesa e o contraditório, desde quando o Auto de Infração não contém “ocorrências ou informações consideradas úteis para esclarecimento da ação fiscal” (art. 39, VI do RPAF/99) e nem foi acompanhado “das provas necessárias à demonstração do fato arguido” (art. 41, II do RPAF/99).

Ressalta que, ademais, conforme se constata no Termo de Arrecadação (doc. 04 – fls. 97 a 99) existem documentos fiscais da empresa que estão sob a guarda da Secretaria da Fazenda, a exemplo das notas fiscais do exercício de 2007, elementos indispensáveis à elaboração de sua defesa. Foi desatendido, ainda, o art. 46 do RPAF, que trata da entrega ao sujeito passivo de cópias de todos os elementos elaborados pelos autuantes, que sejam indispensáveis ao esclarecimento dos fatos. Observa que, desse modo, o desrespeito não se limitou às citadas normas, mas também, e principalmente, à própria Constituição Federal.

Destaca que a despeito de os princípios do contraditório e da ampla defesa, previstos no inciso LV do art. 5º da CF/88, servirem, no âmbito do processo administrativo, para ampliarem a

transparência em favor do princípio da justiça e equilibrar a relação entre as partes, no presente processo eles não se fazem presentes. E para que tais princípios sejam preservados, se faz necessário que o acusado conheça os atos e termos processuais, de modo a lhe assegurar o direito de resposta, apresentando alegações, fatos e provas.

O autuado frisa que o lançamento não se encontra amparado na sistemática jurídica aplicável à atuação administrativa, já que viola normas e princípios de ordem constitucional. Por essa razão, entende que a única conclusão é a de que o Auto de Infração é nulo, decisão que requer desse CONSEF.

Salienta que após analisar a documentação que lhe foi disponibilizada, além de consultar sua contabilidade, técnicos em informática e advogados, conseguiu importantes informações, capazes de elucidar os atos infelizes praticados pelos agentes fazendários.

Assim é que concluiu que a partir dos dados constantes no HD do estabelecimento, os autuantes somaram o que consideraram como o seu “faturamento líquido” ao valor total do que entendiam ser o preço do serviço. Alega que, entretanto, os valores consignados no demonstrativo anexado ao Auto de Infração, como “saídas totais” nada mais são do que o “faturamento bruto” do estabelecimento, onde se inclui os 10% referentes ao preço dos serviços, o que significa que não foram excluídas as “saídas não tributadas”, decorrentes do pagamento antecipado de tributos referentes, por exemplo, a bebidas alcoólicas.

Em resumo, as “saídas totais” são iguais aos “faturamentos brutos” mensais, quando daqueles totais deveriam ser excluídas as “saídas não tributadas” relativas a cada período. Assevera que, além disso, identificou diversos outros equívocos, conforme passou a tratar:

- do valor total do faturamento, da duplicidade na tributação sobre 10% de serviço e dos cancelamentos: realça que na planilha que identifica como doc. 05 (fls. 101), no “valor total” já consta o “valor do serviço” pago pelos clientes, ao contrário do que indicaram os autuantes. Desse modo, a fiscalização somou ao “faturamento bruto” duas vezes o valor referente ao “preço do serviço”, o que se constitui em duplicidade de utilização de valores para a fixação da base de cálculo do ICMS, o que se constitui em uma incoerência.

Ressalta que também não foram considerados os valores atinentes aos cancelamentos e às transferências efetuadas, os quais não podem compor o montante do seu faturamento total. Na planilha à fl. 101 indica os valores correspondentes aos cancelamentos, tudo com base nas informações contidas nos HDs coletados.

Assevera que os registros foram efetuados de forma correta no sistema que utiliza em seu estabelecimento, não havendo qualquer indício de fraude, apesar da repudiada presunção estabelecida pelo fisco a respeito da atuação do impugnante. Salienta que coube ao autuado, com muito custo, realizar o trabalho que competia aos autuantes, para demonstrar a honestidade de seus representantes, contrariando o entendimento da fiscalização de que o contribuinte é sonegador.

Acrescenta que enfrentou grandes dificuldades, realizando um verdadeiro jogo de “tentativa e erro”, tentando “adivinar” o raciocínio desenvolvido pelos prepostos fiscais, para alcançarem os valores absurdos que constam no Auto de Infração;

- do valor do serviço efetivamente pago: sabe-se que o pagamento dos 10%, relativos ao valor do serviço prestado em bares e restaurantes é opcional (Lei Municipal nº. 6.725/2005), podendo ser pago no todo ou em parte pelos clientes. Apesar disso, o fisco se utilizou não dos valores realmente pagos pelos clientes, porém o montante correspondente a 10% do faturamento bruto de

cada mesa.

Por essa razão, entende ser um verdadeiro absurdo o resultado encontrado pelos autuantes, como se eles pudessem ter certeza de que todos os clientes pagaram, e integralmente, os 10% correspondentes ao preço do serviço prestado. Observa que de acordo com a planilha de fl. 101, os montantes relativos ao “valor total do serviço” e ao “valor total do serviço pago” são completamente diferentes, sendo essa diferença capaz de justificar o equívoco praticado pelo fisco no que se refere a boa parte do valor da autuação. Isso por razões óbvias: nem todos os seus clientes pagaram o serviço e alguns pagaram apenas uma parte do valor.

Lembra que as informações que utilizou são as mesmas que basearam o trabalho realizado pela fiscalização, asseverando que a única diferença residiu na atenção, na minúcia e na cautela despendidos pelos profissionais por ele contratados;

- da emissão de nota fiscal D-1: argumenta que existiram casos em que foram emitidas notas fiscais D-1, devido ao esgotamento de memória do equipamento de impressão, conforme se verifica no doc. 06 (fl. 102), correspondente ao um atestado de intervenção em ECF. Salienta que não existe qualquer irregularidade nesse procedimento, que se encontra amparado legalmente.

Diz que este fato explica a existência de registros de vendas em situação normal, consignadas através da letra “N”, em que se encontram vazios os campos previstos para preenchimento com o número da respectiva nota fiscal. E a despeito disso os autuantes indicam a ocorrência de omissões, sem ao menos analisarem toda a documentação fiscal concernente ao período fiscalizado, que fora coletada. Alega que os registros correspondentes se encontram nos HDs analisados e que as respectivas notas fiscais se encontravam à disposição da fiscalização.

Anexa às fls. 105 a 115 cópias autenticadas de notas fiscais D-1 emitidas nas circunstâncias mencionadas (SE REFEREM APENAS AO DIA 24/04/2006) exceto aquelas referentes ao exercício de 2007, em razão de se encontrarem de posse da fiscalização. Observa que de acordo com o Termo de Arrecadação (doc. 04) fora apreendida “caixa contendo talonários de notas fiscais”, nos quais se inclui o exercício de 2007, o que representou cerceamento do direito de defesa do contribuinte, implicando na nulidade do Auto de Infração;

- das transferências de contas realizadas: esclarece que em conformidade com prática que se verifica no mercado em que atua, possui em seu estabelecimento mesas e espaços destinados à espera por outra mesa em seu salão principal. Desse modo, se o cliente desejar beber um aperitivo ou degustar uma entrada antes do almoço ou jantar, ou, ainda, se o salão principal se encontrar lotado, o cliente é conduzido para mesas de espera nos dois bares existentes. Frisa que em qualquer hipótese o estabelecimento comercial é um só.

Nessas situações ocorre uma transferência da conta de uma mesa para outra, registrando-se o consumo em uma mesa, com a informação no sistema de que se dera a referida operação, com a abertura de nova conta, na qual se inclui o valor total da primeira conta. Assevera que o sistema de transferência de mesa é comum em todos os bares e restaurantes do país.

Registra que em vários casos o valor relativo à primeira conta foi contabilizado em duplicidade pela fiscalização, significando que o valor atinente à primeira mesa foi computado por duas vezes, o que se constitui em equívoco lamentável, a merecer reparação, o que requer;

- dos demais equívocos praticados: destaca que de acordo com as planilhas que anexou, os valores referentes às “saídas totais de saídas tributadas” diverge muito pouco dos valores constantes nos demonstrativos fiscais, identificados como “saídas tributadas”. Ressalta que tais diferenças resultam do fato de a fiscalização equivocadamente considerar como saída tributada o

faturamento bruto do estabelecimento.

Salienta que deve ser considerado, também, que o encerramento das vendas realizadas pelo ECF (equipamento emissor de cupom fiscal), através da redução Z ocorrer às 24:00 horas de cada dia, enquanto que pelo sistema Colibri o fechamento se faz pelo período, o que justifica parte das diferenças mínimas verificadas em cada mês.

Outra inconsistência apontada se refere à indicação das saídas tributadas para o mês de fevereiro de 2006, quando ocorreu um erro de digitação, pois onde se lê o valor de R\$ 429.587,25, deve-se ler R\$ 492.587,25, muito embora o valor efetivo corresponda a R\$ 453.944,28. Já no mês de junho de 2006, acredita que ocorrido confusão com o faturamento de outro mês, provavelmente agosto. Alega que tais equívocos tornam indispensável a realização da requerida perícia contábil, por se mostrar em um dever constitucional.

Ao se reportar sobre a multa aplicada, argui ser indevida, uma vez que não ocorreu o descumprimento de qualquer obrigação por parte do impugnante. Considera, além disso, que deve ser minorada, tendo em vista no patamar de 100% mostra-se confiscatória.

Acrescenta que o STF (Supremo Tribunal Federal) vem entendendo que sanções pecuniárias semelhantes têm caráter confiscatório, por violar os princípios constitucionais do não-confisco, da proporcionalidade e da capacidade contributiva, conforme decisões que transcreveu.

Aduz que a doutrina pátria também segue essa linha, tendo em vista que não há razoabilidade na imposição de uma multa que corresponde ao valor do próprio imposto, fazendo com que este duplique, mesmo porque esse fato caracteriza enriquecimento ilícito do Estado, em detrimento do contribuinte. Nesse sentido, apresenta o ensinamento de Sacha Calmon Navarro Coelho a respeito do tema.

Afirma que, inclusive, o STF firmou entendimento de que apenas sanções tributárias que não ultrapassem o limite de 20% sobre o tributo devido não têm caráter confiscatório, de acordo com decisão atinente ao processo nº. 239.964-4. Por essa razão, ainda que ultrapassadas as questões anteriormente levantadas, espera que seja reconhecido o caráter confiscatório da multa, com a sua supressão ou, alternativamente, com a sua redução para 20% do valor do tributo.

Finalizando, assevera que as irregularidades verificadas no procedimento fiscal devem ser reparadas, tendo em vista que a manutenção da autuação significa fazer tabula rasa da equidade, da legalidade e até mesmo do princípio da justiça. Requer, assim, que o lançamento seja julgado nulo, ante o cerceamento de defesa verificado e a ofensa ao contraditório e à ampla defesa. Não sendo esse o entendimento do órgão julgador, que então seja o Auto de Infração julgado improcedente, com sua consequente anulação, por falta de elementos a sustentá-lo.

Admitindo a remota possibilidade desses pedidos não serem acolhidos, requer seja reconhecido o caráter confiscatório da multa aplicada, determinando a sua exclusão, ou, na pior das hipóteses, a sua redução para 20%.

Diante da necessidade de apuração das incorreções apontadas e quantificações dos valores consignados na autuação, com amparo no § 3º do art. 123 e no art. 145 do RPAF/99, requer a realização de perícia contábil por Auditor Fiscal estranho ao feito, nomeando perita assistente a senhora Sandra Lúcia de Carvalho Sena e apresentando os seguintes quesitos:

- 1) a documentação fiscal do impugnante que se encontra sob a guarda da SEFAZ/BA é necessária ao exercício do seu direito de defesa?
- 2) as incorreções indicadas pelo autuado são procedentes?

3) nos períodos de ocorrência objeto da ação fiscal pode o perito discriminar os valores do faturamento bruto (saída total), da saída tributada e da saída não tributada, bem como o valor pago pelos serviços prestados? Pode discriminar os valores atinentes a cancelamentos e transferências?

4) existe algum valor efetivamente devido pelo autuado, considerando as incorreções apontadas na peça defensiva? Em caso positivo, o perito possui elementos capazes para efetivar a sua quantificação?

Diante do cerceamento ao seu direito de defesa, ressalta o direito de apresentar as justificativas e esclarecimentos que porventura se façam necessários em relação a todos os pontos eventualmente levantados na perícia.

Sob as penas da lei, declara a autenticidade dos documentos anexados, muito embora a grande maioria tenha sido apresentada através de cópia autenticada, de modo que caso venham a ser impugnados requer, desde logo, prazo para a apresentação dos originais.

Um dos autuantes prestou informação fiscal às fls. 144/145, salientando que o Auto de Infração se encontra revestidos de todas as formalidades legais exigidas, encontrando-se perfeitamente identificados a infração, o infrator e o valor do ICMS reclamado.

Rechaça a alegação de cerceamento do direito de defesa, afirmando que foram entregues, ao impugnante, cópias de todos os mapas e planilhas, através de CD (fls. 50/51), procedimento adotado para atender o rigor da legislação, tendo em vista que o contribuinte dispõe de todas as informações necessárias, inclusive dos arquivos originais objeto da extração dos dados efetivada pela Perícia Técnica, assim como os arquivos originais das DMAs apresentadas mês a mês à SEFAZ.

Ressalta que os valores apurados encontram-se devidamente demonstrados nas planilhas de fls. 06 e 07, que foram recebidas pelo autuado, em confronto com as informações prestadas pelo contribuinte à SEFAZ através das DMAs, tendo sido deduzidos os valores recolhidos, conforme se verifica nos documentos às fls. 12 e 13 [extratos da arrecadação].

Afirma não ter identificado demonstrativos capazes de comprovar as informações prestadas, nem em relação às notas fiscais D-1. Diz que, assim sendo, não tendo o impugnante elidido o lançamento, sugere que o Auto de Infração seja julgado procedente.

A 1ª JJF converteu o PAF em diligência à IFEP/COMÉRCIO (fls.149/150), para que Auditor Fiscal estranho ao feito realizasse uma revisão do lançamento, adotando as seguintes providências:

1) intimasse o autuado a apontar, de forma objetiva, quais as inconsistências que sugere existirem nos dados apurados através do laudo pericial e que serviram de base à autuação, realizando posteriormente, se for o caso, os ajustes pertinentes;

2) efetuasse uma revisão nas planilhas acostadas aos autos, efetuando uma crítica no que se refere a todas as inconsistências apontadas na defesa e nas demais que porventura fossem indicadas pelo contribuinte, elaborando novas planilhas, com os correspondentes ajustes;

3) com base nos documentos e livros fiscais, além de outros elementos a serem apresentados pelo contribuinte mediante intimação, elaborasse demonstrativo relativo a cada período autuado, indicando os valores e percentuais correspondentes às entradas de mercadorias, em relação às operações isentas, não tributadas e/ou sujeitas à antecipação ou substituição tributária, bem como às tributadas normalmente;

4) elaborasse novo Demonstrativo de Débito, tomando por base todas as modificações implementadas, inclusive adotando a proporcionalidade concernente às operações com

mercadorias tributadas normalmente, e excluindo os valores devidamente comprovados referentes às gorjetas e aos valores lançados em duplicidade concernentes às transferências de mesas.

O autuado foi intimado pelo diligenciador (fl.211), oportunidade na qual apresentou duas manifestações, constantes das fls. 211-A a 215 e 271/272 dos autos.

O diligenciador se pronunciou (fls. 287/288 – volume II) consignando que após a análise do processo com vistas ao atendimento da diligência solicitada tem a informar o seguinte:

- com relação à solicitação contida no item 1 da diligência - “1) intime o autuado a apontar, de forma objetiva, quais as inconsistências que sugere existirem nos dados apurados através do laudo pericial e que serviram de base à autuação, realizando posteriormente, se for o caso, os ajustes pertinentes; ”- o representante do autuado apresentou informações (fls. 211-A/215) onde alega basicamente que no demonstrativo de fls. 06 e 07 o autuante ao invés de subtrair das Saídas Totais o valor do serviço nela incluído, somou tais valores. Alega também que não foram excluídas das referidas saídas totais, as saídas não tributadas;

- com relação ao item 2 da diligência – “ 2) efetue uma revisão nas planilhas acostadas aos autos, efetuando uma crítica no que se refere a todas as inconsistências apontadas na defesa e nas demais que porventura sejam indicadas pelo contribuinte, elaborando novas planilhas, com os correspondentes ajustes; ” – efetuou uma análise dos demonstrativos anexados às fls. 05 a 07, os quais serviram de base à atuação, tendo verificado as seguintes inconsistências:

1. Na planilha de fl. 05 denominada “vendas SQL 2006 a 2007” o autuante não excluiu o valor do serviço das saídas totais. Pelo contrário somou tais valores. Tampouco verificou se o valor do serviço teria sido efetivamente pago.

2. No demonstrativo de fl. 06, além de considerar os valores das saídas totais sem as correções citadas no item 1, lançou como valores relativos ao mês de junho de 2006 os dados relativos ao mês de agosto de 2006. Da mesma forma procedeu com relação ao demonstrativo de 2007 (fl. 07).

- com relação ao item 3 da diligência – “3) com base nos documentos e livros fiscais, além de outros elementos a serem apresentados pelo contribuinte mediante intimação, elabore demonstrativo relativo a cada período autuado, indicando os valores e percentuais correspondentes às entradas de mercadorias, em relação às operações isentas, não tributadas e/ou sujeitas à antecipação ou substituição tributária, bem como às tributadas normalmente;” – esclarece que:

“1. Após a análise do relatório denominado “HEADERVENDAGERAL777”, contido no arquivo “Equipe_3.mdb”, constante no CD anexado às fl. 51, elaboramos o demonstrativo mensal das saídas totais e do valor do serviço efetivamente pago, denominado “Trapiche- HEADERVENDAGERAL777-2006-2007” ora anexado em meio digital, onde consta o Resumo Mensal, anexado às fl. 289;

2. O passo seguinte consistiu na elaboração do “Demonstrativo do faturamento mensal e apuração do Imposto” relativo aos exercícios de 2006 e 2007, os quais resultaram em novos valores do ICMS Devido. As saídas oferecidas à tributação correspondem ao valor contábil registrado no livro de saídas e incluem o valor relativo às mercadorias “isentas” e “outras”. Tais demonstrativos estão anexados às fl. 290 e 291;

3. Por fim, elaboramos um novo demonstrativo de débito relativo à infração 01-02.11.12, anexado à fl. 292.”

Conclui dizendo que evidenciou que todos os demonstrativos estão anexados em meio eletrônico conforme CD acostado à fl. 293 e com cópia que deverá ser entregue ao autuado ou seu representante, mediante recibo acostado à fl. 294 dos autos. Também que evidenciou que todos os demonstrativos estão anexados em meio eletrônico conforme CD acostado à fl. 597 e com cópia que deverá ser entregue ao autuado ou seu representante, mediante recibo à fl. 598.

O autuado foi cientificado do resultado da diligência e se manifestou (fls.298 a 302 – volume II) tendo consignado que, conforme se verifica da análise da nova Informação Fiscal elaborada pelo autuante, anexada à supracitada Intimação, o Auditor Fiscal reduziu significativamente o valor do

Auto de Infração, ampliando a parte incontroversa da autuação.

Ressalta que do valor originalmente exigido de R\$ 37.649,46 a discussão remanesce, no valor de R\$ 6.132,60.

Diz que, nesse contexto, reitera todos os termos e pedidos constantes na impugnação e demais manifestações apresentadas, cumprindo, porém, tecer algumas considerações, nos itens seguintes.

Primeiramente, ratifica a afirmação de que os registros contábeis e recolhimentos realizados foram feitos de forma correta, como faz prova a documentação já acostada aos presentes autos, não apenas no período objeto da autuação, mas em qualquer outro, não havendo sequer indício da prática da infração que lhe é imputada.

Alega que, por isso, se tivesse sido objeto de análise devida, a documentação referida jamais teria conduzido à lavratura deste ou de qualquer outro Auto de Infração pelo Fisco estadual.

Afirma que evidenciou através das manifestações acostadas aos autos, a existência de uma série de inconsistências na autuação, originada a partir de ação fiscal procedida pela Secretaria de Fazenda deste Estado - “Operação Tesouro” -, encetada em combate a supostas fraudes.

Aduz que a partir do sobredito procedimento, veio a ser notificado por suposto descumprimento de obrigação principal, praticada mediante “ação ou omissão fraudulenta diversa das especificadas expressamente em lei”.

Assevera que conforme oportunamente esclarecido, decididamente, não foram fornecidas informações suficientes à elaboração de sua defesa, já que não são estas extraíveis do Auto de Infração e dos deficientes resumos planilhados de números “organizados” aleatoriamente, fornecidos pela fiscalização. Salienta que o mesmo se diga da última planilha apresentada pelo Auditor Fiscal, através da qual permanece a dificuldade presente no perpétuo jogo de “tentativa e erro” que se vê obrigado a exercitar diante da dificuldade em “adivinhar” o raciocínio desenvolvido pela autoridade fiscal.

Frisa que apontou, ainda, que à época da autuação o Laudo da Polícia Técnica ainda não havia sido concluído, quando, segundo afirmação das autoridades que formalizaram o Auto de Infração, teria sido a perícia realizada pela polícia civil o objeto central do trabalho que culminou no lançamento enfrentado.

Consigna que esclareceu, também, que os valores referidos no demonstrativo anexo ao Auto de Infração como “SAÍDAS TOTAIS”, nada mais são do que o Faturamento Bruto da empresa, onde se incluiu os 10% (dez por cento) do Preço do Serviço, não tendo sido excluídas, assim, as “Saídas Não Tributadas”, decorrentes do pagamento antecipado de tributos referentes, por exemplo, a bebidas alcoólicas.

Sustenta que as SAÍDAS TOTAIS, em verdade, deveriam ter sido calculadas através do abatimento dos valores correspondentes às SAÍDAS NÃO TRIBUTADAS dos FATURAMENTOS BRUTOS, mês a mês.

Observa que no “Valor Total” indicado na planilha que anexou aos autos, já consta o “Valor do Serviço” efetivamente pago pelos seus clientes, ao contrário do que indicam as autoridades fiscais. Acrescenta que os agentes de fiscalização somaram ao “Faturamento Bruto” da empresa duas vezes o valor atinente ao “Preço do Serviço”.

Além disso, diz que no cálculo elaborado pela Fiscalização não foram considerados os cancelamentos e transferências efetuadas, valores estes que, por óbvio, não podem compor o montante atinente ao Valor Total do Faturamento da empresa.

Afirma que os equívocos não param por aqui.

Alega que a Fiscalização utilizou no somatório referido alhures (VALOR TOTAL + VALOR DO SERVIÇO) não o valor do serviço efetivamente pago pelos clientes, mas, sim, o 10% (dez por

cento) relativo ao faturamento bruto de cada mesa, como se pudessem ter a certeza de que todos os clientes que estiveram no TRAPICHE ADELAIDE COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA. no período fiscalizado, pagaram, e integralmente, os 10% (dez por cento) correspondentes ao preço do serviço que lhes foi prestado.

Menciona que existiram, ainda, casos em que acabou emitindo Nota Fiscal D-1, em razão do esgotamento de memória da máquina de impressão, o que requereu sua substituição, conforme evidencia o comprovante já anexado aos autos. Observa que também tal fato foi desconsiderado pelas autoridades fiscais.

Salienta que inclusive o Fisco considera, equivocadamente, Saída Tributada o Faturamento Bruto da empresa, assim como desconsiderou o fato de o encerramento das vendas realizadas pelo ECF - emissor de cupom fiscal através de sua função Redução Z -, se dar às 12:00 da noite de cada dia, enquanto pelo Colibri o fechamento se faz pelo período.

Aduz que, finalmente, pôde-se perceber que na indicação de Saída Tributada referente ao mês de fevereiro de 2006 restou cometido um evidente erro de digitação, devendo ser lido R\$ 492.587,25 onde tem-se R\$ 429.587,25, muito embora as Saídas Tributadas, no referido mês, tenham sido no valor de R\$ 453.944,28.

Assevera que nesse contexto, manter a autuação seria, sem sombra de dúvidas, fazer tábula rasa da equidade, da legalidade e do próprio princípio de justiça.

Reitera os termos da defesa vestibular e demais manifestações apresentadas, protestando, sucessivamente, pela declaração de nulidade do Auto de Infração, ante o cerceamento de defesa verificado, e pela improcedência do lançamento, com sua consequente anulação, em razão dos esclarecimentos apresentados, os quais mostram a ausência de elementos capazes de sustentá-lo.

Admitindo a remotíssima possibilidade de não acolhimento de nenhum dos pedidos supra, requer que os julgadores, reconhecendo o caráter confiscatório da multa de infração aplicada, determine a exclusão do seu valor, ou, na pior das hipóteses, reduza-a para 20% do valor do tributo supostamente devido.

O diligenciador cientificado da manifestação do impugnante se pronunciou (fl.314), afirmando que o autuado continua com as mesmas alegações já rechaçadas na informação fiscal de fls. 287/288.

Esclarece que os equívocos incorridos pelo autuante, quanto aos erros de digitação apontados na manifestação, já foram objeto de correção, conforme pode ser observado nas planilhas acostadas às fls. 289 a 292.

O presente PAF, que se encontrava sob a relatoria do ilustre Julgador Valmir Nogueira de Oliveira, foi redistribuído, em face ao afastamento do referido Julgador, chegando às minhas mãos para instrução e julgamento.

Na sessão de julgamento realizada em 09/06/2015, após a ilustre advogada representante do autuado exercer o direito de sustentação oral de suas razões, seguiu-se a análise e discussão, tendo os membros desta Junta de Julgamento Fiscal deliberado pela conversão do feito em diligência à INFRAZ de origem (fls. 322/323 – volume II), a fim de que o Auditor Fiscal estranho ao feito que realizara a revisão fiscal ou outro Auditor Fiscal designado adotasse as providências abaixo:

1. *Analise e se pronuncie sobre os seguintes tópicos aduzidos pelo impugnante - mesmo que alguns destes tenham sido objeto de pronunciamento anteriormente na revisão fiscal - no intuito de permitir o julgamento sem que haja alegação de cerceamento do direito de defesa, conforme alegado na sustentação oral:*

a) que não foram excluídas as “Saídas Não Tributadas”, decorrentes do pagamento antecipado de tributos referentes, por exemplo, a bebidas alcoólicas;

- b) que as *SAÍDAS TOTAIS*, em verdade, deveriam ter sido calculadas através do abatimento dos valores correspondentes às *SAÍDAS NÃO TRIBUTADAS* dos *FATURAMENTOS BRUTOS*, mês a mês;
- c) que os agentes de fiscalização somaram ao “*Faturamento Bruto*” da empresa duas vezes o valor atinente ao “*Preço do Serviço*”;
- d) que no cálculo elaborado pela Fiscalização não foram considerados os cancelamentos e transferências efetuadas, valores estes que, por óbvio, não podem compor o montante atinente ao *Valor Total do Faturamento da empresa*;
- e) que emitiu *Nota Fiscal D-1*, em razão do esgotamento de memória da máquina de impressão, o que requereu sua substituição, conforme evidencia o comprovante já anexado aos autos, fato desconsiderado pelas autoridades fiscais;
- f) que o Fisco considera, equivocadamente, *Saída Tributada* o *Faturamento Bruto* da empresa, assim como desconsiderou o fato de o encerramento das vendas realizadas pelo ECF, através de sua função Redução Z -, se dar às 12:00 da noite de cada dia, enquanto pelo *Colibri* o fechamento se faz pelo período.
2. Efetue ajustes no levantamento observando, inclusive, se for o caso, as disposições do art. 504 do RICMS/BA/97, aplicáveis na apuração da receita bruta mensal;
3. Se necessário intime o autuado para apresentar elementos que sejam indispensáveis para cumprimento da diligência;
4. Após as verificações e análises acima referidas, deverá o diligenciador, se for o caso, elaborar novos demonstrativos com as correções e ajustes que se fizerem necessários.

Em seguida, deverá o órgão competente da repartição fazendária, intimar o autuado, entregando-lhe no ato, **mediante recibo específico**, cópia do resultado da diligência – planilhas, demonstrativos e outros elementos porventura acostados aos autos - e deste termo de diligência.

Na oportunidade, deverá ser informado ao autuado da reabertura do prazo de defesa de 60 (sessenta) dias, a contar da ciência do recebimento da intimação, conforme previsto no art. 123 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF - aprovado pelo Decreto nº. 7.629/99 com a nova redação dada pelo Decreto nº 15.807, de 30/12/14, DOE de 31/12/14, efeitos a partir de 01/01/15.

Após deverá ser dada ciência ao autuante.

O Auditor Fiscal estranho ao feito que realizou a revisão fiscal anterior cumpriu a diligência (fls. 327/328 – volume II), consignando que na sua defesa mais recente, apensa às fls. 322/323 dos autos, o autuado alega vários argumentos que já haviam sido discutidos no PAF, e classificados pelos autuantes originais como protelatórios.

Manifesta o entendimento que resta claro que, apesar de não ter sido chegado a termo o inquérito policial que foi arquivado, continuaram existindo débitos fiscais decorrentes da ação fiscal desenvolvida pelos autuantes.

Diz que analisando ponto a ponto os argumentos apresentados em sua última Manifestação de fl. 322/323, observou o seguinte:

- A)** O contribuinte, apesar de ter sido intimado, deveria ter apresentado, frente a suas alegações, todas as NFs. de aquisições referentes ao lançamento nas DMAs., destacando, em sua defesa, planilha detalhada que corroborasse os pretensos créditos referentes a mercadorias sujeitas à substituição tributária, pretendidos nas DMAs. Não o fez;
- B)** a exemplo do item A acima citado, com relação a saída de mercadorias não tributadas, devido a recolhimento de tributos antecipadamente, o assunto já havia sido discutido pelos autuantes neste PAF, cabendo o mesmo procedimento, deveria ter apresentado, frente a suas alegações, todas as NFs. de aquisições referentes ao lançamento nas DMAs., destacando, em sua defesa, planilha detalhada que corroborasse os pretensos créditos referentes a mercadorias sujeitas à antecipação tributária, pretendidos nas DMAs. Não o fez;
- C)** na página 287 do PAF, o auditor Djalma relata que o autuante “*somou*” (e não excluiu) o valor dos serviços, o que beneficia o contribuinte quanto à omissão de saídas; caberia ao contribuinte apresentar comprovantes de que repassou efetivamente os valores dos serviços aos funcionários. Não o fez. Em sendo assim, concordamos plenamente com o colega autuante;
- D)** o contribuinte
- E)** deveria apresentar a comprovação dos cancelamentos e devoluções alegados. Não o fez.

- F)** as notas fiscais D-1 apresentadas foram consideradas;
- G)** A alegação é infundada. Este preposto fiscal procedeu a centenas de monitoramentos baseadas em comparação entre Reduções Z e Informações de vendas em cartões de débito/ crédito, e nunca houve a discrepância entre os dados tabulados pelas máquinas de cupons fiscais e as nossas informações, no que se refere a data e hora de fechamento;

Finaliza dizendo que assim sendo, concorda com os valores e as razões do Auto de Infração, conforme a autuação e posteriores intervenções dos autuantes no processo, não vendo razão para reintimação do autuado, o que só contribuiria para a protelação de uma decisão. Acrescenta que da mesma forma, não se vê em condições de julgar o arquivamento do processo penal vinculado à ação fiscal.

Considerando que o PAF fora encaminhado ao CONSEF sem a científicação do autuado sobre o resultado da diligência, esta JJF converteu o feito em nova diligência à INFRAZ de origem para que o autuado fosse intimado para tomar ciência do referido resultado, inclusive da reabertura do prazo de 60 dias para que se manifestasse.

O autuado se manifestou (fls. 352 a 357), discorrendo sobre o desenrolar dos fatos. Diz que inúmeros foram os desacertos promovidos pelos autuantes na condução do procedimento, conforme resumo que apresenta.

Salienta que tanto foram esses erros que durante o deslinde do feito, o montante principal inicialmente apontado no Auto de Infração de R\$ 37.646,46 foi reduzido para R\$ 6.132,60, ou seja, reduzido em aproximadamente 84%.

Afirma que apesar disso, esse crédito tributário de R\$ 6.132,60 também inexiste. Alega que o diligenciador se limitou a infirmar que a empresa “não o fez” repetidas vezes, sugerindo que os documentos pertinentes não teriam sido apresentados, quando todos os registros solicitados foram apresentados.

Finaliza a Manifestação reiterando todos os termos e pedidos constantes na Defesa inicial e demais manifestações, a fim de que seja julgado improcedente o lançamento, ou, na eventualidade que seja observado o caráter confiscatório da multa imposta, reduzindo-a ao patamar de 20% do débito, que atualmente foi reconhecidamente diminuído para R\$ 6.132,60 pela Fiscalização.

O Auditor Fiscal estranho ao feito científico da Manifestação do autuado se pronunciou (fls. 360 a 367 – volume II). Após discorrer sobre os fatos ocorridos do início da acusação fiscal até a diligência de fls. 322/323, apresenta respostas sobre as questões aduzidas pelo impugnante na Manifestação sobre o resultado da referida diligência, conforme abaixo:

a) Que não foram excluídas as “Saídas Não Tributadas”, decorrentes do pagamento antecipado de tributos referentes, por exemplo, a bebidas alcoólicas;

Afirma que do cotejo do demonstrativo da apuração do ICMS a recolher, elaborado pelo autuado, fl. 103, com os demonstrativos do Auditor Fiscal estranho ao feito, fls. 290/291, isto não se comprova. Observa que as colunas “SAÍDAS TOTAIS” (fl.103) e “Saídas Tributadas(3)” (fls. 290/291) são os mesmos valores.

b) Que as SAÍDAS TOTAIS, em verdade, deveriam ter sido calculadas através do abatimento dos valores correspondentes às SAÍDAS NÃO TRIBUTADAS dos FATURAMENTOS BRUTOS, mês a mês;

Diz que segundo análise dos registros do relatório “HEADERVENDASGERAL777”, que integra o arquivo “Equipe_3.mdb”, fl. 51 (mídia) transrito à fl. 289, o “VL_TOTAL” engloba todos os valores comandados às mesas, sejam eles correspondentes a mercadorias tributadas ou

isentas/substituídas.

Assinala que o mesmo ocorre com os valores levados a “SAÍDAS TOTAL”, fl. 103, elaborado pelo autuado com base nas saídas registradas no livro Registro de Saídas.

Conclusivamente, diz que o procedimento adotado pelo Auditor Fiscal estranho ao feito, fls. 290/291, s.m.j., mostra-se correto à exceção da apuração final do “ICMS Devido”, pois em seu entender não obedeceu ao que determina a Instrução Normativa n. 56/2007, cujo teor reproduz.

Diz que dessa forma, a utilização dos valores “SAÍDAS TRIBUTADAS” x FATURAMENTO BRUTO, (leia-se: SAÍDAS TOTAIS) faz-se necessária no caso de ser apurado ICMS a recolher sobre a omissão apurada. Acrescenta que neste caso seria aplicado sobre o valor apurado a título de “ICMS Devido”, fls. 290/291), a proporcionalidade das “SAÍDAS TRIBUTADAS”.

Diz que assiste razão em parte ao impugnante, contudo, após esta revisão novos demonstrativos foram elaborados e não se fez necessário tal procedimento, exceto no caso de decisão pela manutenção do serviço nas “Rec. Total”, quando foram apurados ICMS a recolher diminuto nos meses de fevereiro e março de 2006, no caso R\$ 54,73 e R\$ 148,54.

c) Que os agentes de fiscalização somaram ao “Faturamento Bruto” da empresa duas vezes o valor atinente ao “Preço do Serviço”;

Diz que procede a alegação defensiva, mas isto quanto ao lançamento inicial, fl. 05, promovidos pelos autuantes, posteriormente transcrita para os “DEMONSTRATIVOS DE VENDAS – EXERCÍCIOS XXXX” por eles mesmos.

Afirma que na sequência das revisões isto não mais ocorreu.

Explica que essa inconsistência foi sanada pelo Auditor Fiscal estranho ao feito nos demonstrativos de fls. 290/291, tendo como base o demonstrativo de fl. 289, cuja origem é esclarecida à fl. 288. Acrescenta que também estão excluídos no primeiro demonstrativo elaborado na sua Informação Fiscal, inserido acima.

d) Que no cálculo elaborado pela Fiscalização não foram considerados os cancelamentos e transferências efetuadas, valores estes que, por óbvio, não podem compor o montante atinente ao Valor Total do Faturamento da empresa;

Registra que desconhece esse procedimento por bares, restaurantes, lanchonetes, *delicatessen*, etc.

Diz que é um procedimento difícil ou mesmo que não se comprova documentalmente, pelo menos inexistindo provas nos autos admissíveis em direito. Acrescenta que se trata de mero registro, que abate valores da “VL_TOTAL” e em percentuais sempre acima de 10%, chegando a 26% no mês de maio de 2007.

Salienta que transferência de mesa que gera cancelamento e reabertura de nova despesa mantendo a anterior (valores do consumo), cancelamento que não se estorna o valor da receita, não há provas disso nos autos, apenas alegação defensiva. Acrescenta que a Fiscalização não aceitou este argumento defensivo, conforme demonstrativos de fls. 6/7 dos autuantes e 290/291 do Auditor Fiscal estranho ao feito.

Diz que apurou os mesmos valores apurados pelo Auditor Fiscal estranho ao feito conforme declarado na sua diligência de fls. 317/318.

Conclusivamente, diz que elaborou novo demonstrativo (“o terceiro na ordem acima inserido”) adotando tão somente o previsto na Instrução Normativa n. 56/2007, proporcionalidade esta apurada na forma das declarações de apuração do autuado, fls. 103/104, ou seja, “SAÍDAS TRIBUTADAS” / “SAÍDAS TOTAIS”, sendo simples assim. Acrescenta que na ordem de mês os percentuais apurados foram: 92.2506075% (02/2006); 92,4463839% (03/2006); 92,2070356% (04/2006); 93,.9675773% (09/2007).

e) Que emitiu Nota Fiscal D-1, em razão do esgotamento de memória da máquina de impressão, o que requereu sua substituição, conforme evidencia o comprovante já anexado aos autos, fato desconsiderado pelas autoridades fiscais;

Assevera que é uma alegação totalmente descabida. Diz que o cotejo realizado pelos autuantes, depois pelo Auditor Fiscal estranho ao feito revisor, e agora em sua Informação Fiscal, é dos valores capturados no HD com os valores registrados na escrita fiscal do autuado, no caso livro Registro de Saídas, apurado segundo seus demonstrativos de fl. 103. Ou seja, os valores das saídas mediante Nota Fiscal D-1 estão incluídos no faturamento bruto do autuado, ou pelo menos devem estar, intitulado “SAÍDAS TOTAL”, fl. 103, e este foi devidamente transcrito para todos os demonstrativos elaborados pelos Auditores Fiscais que lavraram e participaram no presente PAF até agora.

Diz que é uma alegação totalmente infundada e sem trazer provas aos autos demonstrando claramente o valor considerado pelos Auditores Fiscais e os que deveriam ter sido considerados e não foram.

Salienta que todas as provas dos valores utilizados nos demonstrativos elaborados pelos prepostos da SEFAZ/BA se encontram nos autos e de fácil comprovação.

f) Que o Fisco considera, equivocadamente, Saída Tributada o Faturamento Bruto da empresa, assim como desconsiderou o fato de o encerramento das vendas realizadas pelo ECF, através de sua função Redução Z -, se dar às 12:00 da noite de cada dia, enquanto pelo Colibri o fechamento se faz pelo período.

Afirma que o autuado não apontou em qual demonstrativo a Fiscalização considerou “equivocadamente” “Saídas Tributadas” e “Faturamento Bruto”. Diz que provavelmente deve estar se referindo ao demonstrativo inicial elaborado pelos autuantes, mas o “erro” ocorreu ao nominar a “coluna” do demonstrativo de fls. 06/07.

Diz que no entanto, os valores inseridos estão corretos, capturados no livro Registro de Saídas/DMA e, também, declarados pelo autuado à fl. 103, à exceção do erro de inserção referente ao mês de fevereiro de 2006, pois inseriu R\$ 429.587,25 quando o correto é R\$ 492.077,28. Diz que este erro foi devidamente retificado nos demonstrativos do Auditor Fiscal estranho ao feito, assim como no seu demonstrativo agora apresentado.

Presente na sessão de julgamento o ilustre patrono do autuado, advogado Renato Bastos Brito, OAB/BA nº. 19.746, o qual exerceu o direito de sustentação oral de suas razões.

VOTO

Versa o Auto de Infração em exame sobre o cometimento de infração à legislação do ICMS imputada ao autuado decorrente de descumprimento de obrigação principal se constatando ação ou omissão fraudulenta diversa das especificadas expressamente em lei.

No caso a supressão de tributo foi constatada mediante verificação de utilização de *software* que permite ao usuário a desativação do ECF, possibilitando que uma operação de venda seja registrada em seu banco de dados sem o correspondente envio ao *software* básico do ECF do comando de impressão.

Consta no campo “Descrição dos Fatos” do Auto de Infração o registro de que a omissão de saídas de mercadorias tributáveis foi apurada através de perícia em HDs apreendidos de computadores de propriedade do contribuinte, quando a perícia técnica foi realizada pela Polícia Civil e pela Secretaria da Fazenda, conforme demonstrativos constantes das planilhas anexadas.

Inicialmente, no tange as arguições de nulidades suscitadas pelo impugnante, não vislumbro nos autos como possa prosperar a pretensão defensiva, haja vista a inexistência de qualquer ofensa ao

devido processo legal, direito à ampla defesa e ao contraditório, registre-se, exercido em sua plenitude pelo autuado.

No presente caso, além da Defesa vestibular apresentada pelo impugnante e suas Manifestações posteriores, assim como Informações Fiscais prestadas pelos autuantes, esta Junta de Julgamento Fiscal, na busca incessante da verdade material, converteu o feito em diligência em diversas oportunidades para que Auditor Fiscal estranho ao feito realizasse revisão fiscal em face às alegações defensivas, inclusive concedendo o prazo de 60 (sessenta) dias para que o autuado se manifestasse sobre os resultados apresentados, conforme se manifestou.

Observo que a alegação do autuado quanto ao Laudo Pericial não trouxe qualquer prejuízo ao seu direito à ampla defesa e ao contraditório, haja vista que lhe foi entregue o CD contendo as planilhas e demonstrativos elaborados pela Fiscalização.

Diante do exposto, não acolho as nulidades suscitadas pelo impugnante, haja vista que todos os elementos constantes nos autos, levam à segurança quanto à identificação da infração, do infrator, do montante exigido, tendo sido observados os ditames previstos no Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, especialmente no seu art. 39 relativo ao conteúdo do Auto de Infração, inociorrendo quaisquer das hipóteses previstas no art. 18 do referido diploma regulamentar processual capaz de invalidar o lançamento de ofício em questão.

Em face às diligências realizadas, considero neste momento desnecessária a realização de uma nova diligência, haja vista que os elementos existentes nos autos permitem se chegar à solução da lide, consoante o art. 147, inciso I, alínea “a”, do RPAF/BA/99.

Do mesmo modo, com fundamento no art. 147, II, “a”, do RPAF/BA/99, indefiro o pedido de realização de perícia, haja vista a desnecessidade de participação de perito técnico no presente caso, considerando que a matéria é de conhecimento dos julgadores que compõem esta JJF.

No mérito, conforme dito, o autuado está sendo acusado de deixar de apurar e recolher imposto *constatado em ação fraudulenta diversa das especificadas expressamente em lei*. Na descrição dos fatos foi indicado que se trata de omissão de saída de mercadorias apurada em perícia no HD apreendido do estabelecimento autuado que foi realizada por peritos da Policial Civil e da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, tendo sido constatado que o *software* utilizado pelo autuado, registrava operações de vendas no seu HD (banco de dados), mas não enviava estes dados para o comando de impressão do seu ECF, sendo exigido imposto relativo aos valores de vendas não oferecidos à tributação, conforme planilhas juntadas aos autos. Assim sendo, o imposto exigido foi apurado por meio de levantamento fiscal dos dados das vendas registradas no HD do computador do estabelecimento autuado, e o próprio enquadramento da infração denota isso.

No presente caso, após um longo caminho percorrido pelo presente processo, considero que os ajustes e correções feitos nas revisões fiscais realizadas pelos Auditores Fiscais estranhos ao feito que cumpriram as diligências solicitadas por esta JJF, abordando todos os aspectos aduzidos pelo impugnante, especialmente as inconsistências apontadas, resultaram no valor do ICMS efetivamente devido.

Assim é que, na primeira diligência revisional solicitada por esta JJF, o Auditor Fiscal estranho ao feito que realizou a revisão fiscal, trouxe como resultado a redução substancial do valor originalmente exigido no Auto de Infração de R\$ 37.649,46 para R\$ 6.132,60, conforme demonstrativos que elaborou acostados às fls. 287 a 292 dos autos.

Por outro lado, em face ainda às alegações defensivas, esta JJF converteu o feito em nova diligência para que Auditor Fiscal estranho ao feito se pronunciasse sobre as referidas alegações, sendo que o segundo Auditor Fiscal estranho ao feito designado para cumprimento da diligência abordou todas as questões aduzidas pelo impugnante, cujas respostas concordam, inclusive com a necessidade de aplicação da proporcionalidade entre as receitas isentas/não tributáveis e as receitas tributáveis.

Assinalo, apenas, que descabe a aplicação da proporcionalidade com fundamento na Instrução Normativa n. 56/2007 - conforme aduzido pelo diligenciador - haja vista que a aplicação da proporcionalidade prevista na referida Instrução Normativa somente é admitida nos casos de presunção, sendo certo que, no presente caso, não se trata de presunção, pois o levantamento fiscal decorreu de descumprimento de obrigação tributária principal, em face à ação ou omissão fraudulenta de natureza grave, diversa das especificadas em lei. Apesar de resultar do confronto entre os valores capturados no equipamento do contribuinte e os valores informados pelas administradoras de cartões de crédito/débito, não se trata de hipótese de presunção legal decorrente de omissões verificadas em auditoria de caixa ou de cartões de crédito/débito, previstas no art. 4º, § 4º, Lei nº 7.014/96.

Na realidade, a jurisprudência desse CONSEF aponta no sentido de admissibilidade de utilização da proporcionalidade sempre que a receita omitida apurada não permitir a identificação segregada de sua origem, devendo ser aplicada a proporcionalidade entre as receitas isentas e as tributáveis.

Diante disso, aplicada a proporcionalidade nos percentuais apurados pelo Auditor Fiscal estranho ao feito que cumpriu a segunda diligência, no caso 92.2506075% referente ao período de 28/02/2006, 92,4463839% referente ao período de 31/03/2006, 92,2070356% referente ao período de 30/04/2006, 93,9675773% referente ao período de 30/09/2007, o valor do ICMS após a primeira revisão fiscal realizada passa de R\$ 6.132,60 para R\$ 5.690,72, conforme o terceiro demonstrativo que elaborou de fl. 363, ficando o demonstrativo de débito com a seguinte conformação:

Data de Ocorrência	ICMS julgado (R\$)
28/02/2006	1.775,89
31/03/2006	1.369,52
30/04/2006	855,89
30/09/2007	1.689,42
TOTAL	5.690,72

Cabível consignar que a matéria de que cuida o presente Auto de Infração já foi objeto de diversas decisões no âmbito desse CONSEF, a exemplo do Acórdão CJF Nº. 0050-11/20 cuja ementa reproduzo abaixo a título ilustrativo:

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0050-11/20

EMENTA: ICMS. EQUIPAMENTO EMISSOR DE CUPOM FISCAL (ECF). UTILIZAÇÃO IRREGULAR DE SOFTWARE QUE PERMITE DESATIVAÇÃO DO ECF. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Restou comprovado que o débito exigido decorre da diferença entre os valores registrados em banco de dados

constante do HD do computador apreendido no estabelecimento autuado sem o correspondente envio ao software básico do ECF do comando de impressão fiscal e os valores oferecidos à tributação. Rejeitadas às preliminares de nulidades suscitadas. Indeferidos os pedidos de revisão fiscal e diligência. Acolhida a alegação de proporcionalidade. Infração parcialmente elidida. Modificada a Decisão recorrida. Recurso PROVADO EM PARTE. Decisão por maioria.

Diante do exposto, a infração é parcialmente procedente, pois restou demonstrada a omissão ou supressão de tributo mediante utilização de *software* que permitiu ao autuado a desativação do ECF, possibilitando que uma operação de venda fosse registrada em seu banco de dados sem o correspondente envio ao *software básico* do ECF do comando de impressão do cupom fiscal.

No tocante à conversão da multa de 100% para 70% ou mesmo sua redução para 20%, conforme pretendido pelo impugnante, certamente que por se tratar de multa por descumprimento de obrigação principal, a sua dispensa ou redução ao apelo da equidade, é de competência da Câmara Superior deste CONSEF, falecendo competência a esta JJF à sua apreciação.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração n.º 128859.0212/08-9, lavrado contra **TRAPICHE-ADELAIDE COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 5.690,72**, acrescido da multa de 100%, prevista no art. 42, IV, “J”, da Lei n.º 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 04 de setembro de 2023.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

LUIS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA – JULGADOR

OLEGÁRIO MIGUEZ GONZALEZ – JULGADOR

A. I. Nº - 128859.0212/08-9

AUTUADO - TRAPICHE-ADELAIDE COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA.

AUTUANTES - THILDO DOS SANTOS GAMA e EZILBERTO DE BRITO MOITINHO

ORIGEM - DAT METRO/INFAZ VAREJO

PUBLICAÇÃO - INTERNET - 02/10/2023

1^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0144-01/23-VD

EMENTA: ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO. CUPONS FISCAIS. SUPRESSÃO DE TRIBUTOS. FRAUDE NA OPERACIONALIZAÇÃO DO ECF. UTILIZAÇÃO DE SOFTWARE QUE PERMITE A DESATIVAÇÃO DO EQUIPAMENTO. FALTA DE EMISSÃO DE CUPONS FISCAIS NAS OPERAÇÕES DE VENDAS. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO PRINCIPAL. Comprovada parcialmente a prática da irregularidade imputada. Infração parcialmente subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 31/12/2007, formaliza a exigência de ICMS no valor histórico total de R\$ 37.649,46, acrescido da multa de 100%, em decorrência do cometimento da seguinte infração à legislação do ICMS imputada ao autuado: *Infração 01 – 02.11.02 – Descumpriu obrigação principal se constatando ação ou omissão fraudulenta diversa das especificadas expressamente em lei.*

Consta adicionalmente na descrição da conduta infracional imputada ao autuado que a supressão de tributo foi constatada através da verificação de utilização de *software* que permite ao usuário a desativação do ECF, possibilitando que uma operação de venda seja registrada em seu banco de dados sem o correspondente envio ao *software* básico do ECF do comando de impressão.

No campo “Descrição dos Fatos” consta o registro de que a omissão de saídas de mercadorias tributáveis foi apurada através de perícia em HDs apreendidos de computadores de propriedade do contribuinte, quando a perícia técnica foi realizada pela Polícia Civil e pela Secretaria da Fazenda, conforme demonstrativos constantes das planilhas anexadas.

Período de ocorrência: janeiro a junho de 2006, fevereiro, maio, junho e setembro de 2007.

O autuado, através de representante devidamente constituída, apresentou impugnação às fls. 61 a 81, salientando que com base na ação fiscal de combate a fraude, intitulada Operação Tesouro, grande parte dos restaurantes da capital baiana foi investigada, sendo o seu estabelecimento incluído nesse rol pelas autoridades fiscais, onde a presunção de culpa foi o maior balizador de condutas.

Assinala que se faz necessário esclarecer a realidade fatos, uma vez que a forma sucinta como foi relatada no Auto de Infração não permite a compreensão da real noção da situação fática que envolve o caso. Consigna que atua no ramo de restaurantes há mais de dez anos e sempre cumpriu com suas obrigações, inclusive fiscais, tendo se surpreendido diante da presente autuação.

Salienta que igualmente ficaram surpreendidos os seus prepostos, diante da completa desorganização da repartição fazendária, quando enfrentaram uma *via crucis*, que se iniciou na

tentativa de obtenção de informações acerca dos elementos que teriam servido de base ao lançamento, já que lhes tinham sido entregues apenas o Auto de Infração e uma deficiente planilha, contendo números “organizados” aleatoriamente, o que dificultou em demasia a elaboração da peça defensiva.

Aponta que a primeira inconsistência apurada consiste no fato de que o Laudo da Polícia Técnica sequer havia sido concluído, quando, segundo os autuantes, teria sido a perícia realizada pela polícia civil o objeto central do trabalho que culminou com a autuação.

Desse modo, outras diligências foram realizadas, em busca de informações esclarecedoras sobre a forma como os Auditores Fiscais teriam apurado os números informados no Auto de Infração. Assim sendo, entende que as dificuldades e o cerceamento de defesa enfrentados, por si só, são capazes de gerar a anulação da autuação. Complementa que o êxito alcançado pelo impugnante na descoberta dos equívocos cometidos pela fiscalização não é capaz de sanar os vícios verificados.

Assevera que após a contratação de pessoal especializado, assumindo despesa absolutamente desnecessária, já que, conforme comprovará, a autuação nada mais é do que um lamentável equívoco, constatou alguns fatos e elementos provavelmente não considerados na ação fiscal. Destaca que todo o procedimento foi um verdadeiro fiasco, atentatório à imagem e ao bom nome do autuado.

Ao versar a respeito do Direito, comenta sobre a alta carga tributária suportada pelos brasileiros, sobre as agressões cometidas contra a Constituição Federal e contra o sistema jurídico nacional. No caso da lide, assegura ser patente a violação aos seus direitos. Repete que o laudo pericial ainda não fora concluído, para lembrar que de acordo com o transcrito art. 2º do RPAF/99, são princípios de direito aplicáveis ao processo e aos procedimentos administrativos a legalidade objetiva, a verdade material e a garantia da ampla defesa, os quais foram desatendidos no presente caso.

Acrescenta que de acordo com os incisos II e IV, alínea “a” do art. 18 do mesmo RPAF, são nulos os atos praticados e as decisões proferidas com preterição do direito de defesa, bem como o lançamento de ofício que não contenha elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator. Realça que a fiscalização, decididamente, não dispunha de elementos suficientes para determinar, com um mínimo de segurança, qualquer infração praticada pelo impugnante.

Assegura que, além disso, não lhe foram dados os elementos indispensáveis a lhe garantir a ampla defesa e o contraditório, desde quando o Auto de Infração não contém “ocorrências ou informações consideradas úteis para esclarecimento da ação fiscal” (art. 39, VI do RPAF/99) e nem foi acompanhado “das provas necessárias à demonstração do fato arguido” (art. 41, II do RPAF/99).

Ressalta que, ademais, conforme se constata no Termo de Arrecadação (doc. 04 – fls. 97 a 99) existem documentos fiscais da empresa que estão sob a guarda da Secretaria da Fazenda, a exemplo das notas fiscais do exercício de 2007, elementos indispensáveis à elaboração de sua defesa. Foi desatendido, ainda, o art. 46 do RPAF, que trata da entrega ao sujeito passivo de cópias de todos os elementos elaborados pelos autuantes, que sejam indispensáveis ao esclarecimento dos fatos. Observa que, desse modo, o desrespeito não se limitou às citadas normas, mas também, e principalmente, à própria Constituição Federal.

Destaca que a despeito de os princípios do contraditório e da ampla defesa, previstos no inciso LV do art. 5º da CF/88, servirem, no âmbito do processo administrativo, para ampliarem a

transparência em favor do princípio da justiça e equilibrar a relação entre as partes, no presente processo eles não se fazem presentes. E para que tais princípios sejam preservados, se faz necessário que o acusado conheça os atos e termos processuais, de modo a lhe assegurar o direito de resposta, apresentando alegações, fatos e provas.

O autuado frisa que o lançamento não se encontra amparado na sistemática jurídica aplicável à atuação administrativa, já que viola normas e princípios de ordem constitucional. Por essa razão, entende que a única conclusão é a de que o Auto de Infração é nulo, decisão que requer desse CONSEF.

Salienta que após analisar a documentação que lhe foi disponibilizada, além de consultar sua contabilidade, técnicos em informática e advogados, conseguiu importantes informações, capazes de elucidar os atos infelizes praticados pelos agentes fazendários.

Assim é que concluiu que a partir dos dados constantes no HD do estabelecimento, os autuantes somaram o que consideraram como o seu “faturamento líquido” ao valor total do que entendiam ser o preço do serviço. Alega que, entretanto, os valores consignados no demonstrativo anexado ao Auto de Infração, como “saídas totais” nada mais são do que o “faturamento bruto” do estabelecimento, onde se inclui os 10% referentes ao preço dos serviços, o que significa que não foram excluídas as “saídas não tributadas”, decorrentes do pagamento antecipado de tributos referentes, por exemplo, a bebidas alcoólicas.

Em resumo, as “saídas totais” são iguais aos “faturamentos brutos” mensais, quando daqueles totais deveriam ser excluídas as “saídas não tributadas” relativas a cada período. Assevera que, além disso, identificou diversos outros equívocos, conforme passou a tratar:

- do valor total do faturamento, da duplicidade na tributação sobre 10% de serviço e dos cancelamentos: realça que na planilha que identifica como doc. 05 (fls. 101), no “valor total” já consta o “valor do serviço” pago pelos clientes, ao contrário do que indicaram os autuantes. Desse modo, a fiscalização somou ao “faturamento bruto” duas vezes o valor referente ao “preço do serviço”, o que se constitui em duplicidade de utilização de valores para a fixação da base de cálculo do ICMS, o que se constitui em uma incoerência.

Ressalta que também não foram considerados os valores atinentes aos cancelamentos e às transferências efetuadas, os quais não podem compor o montante do seu faturamento total. Na planilha à fl. 101 indica os valores correspondentes aos cancelamentos, tudo com base nas informações contidas nos HDs coletados.

Assevera que os registros foram efetuados de forma correta no sistema que utiliza em seu estabelecimento, não havendo qualquer indício de fraude, apesar da repudiada presunção estabelecida pelo fisco a respeito da atuação do impugnante. Salienta que coube ao autuado, com muito custo, realizar o trabalho que competia aos autuantes, para demonstrar a honestidade de seus representantes, contrariando o entendimento da fiscalização de que o contribuinte é sonegador.

Acrescenta que enfrentou grandes dificuldades, realizando um verdadeiro jogo de “tentativa e erro”, tentando “adivinar” o raciocínio desenvolvido pelos prepostos fiscais, para alcançarem os valores absurdos que constam no Auto de Infração;

- do valor do serviço efetivamente pago: sabe-se que o pagamento dos 10%, relativos ao valor do serviço prestado em bares e restaurantes é opcional (Lei Municipal nº. 6.725/2005), podendo ser pago no todo ou em parte pelos clientes. Apesar disso, o fisco se utilizou não dos valores realmente pagos pelos clientes, porém o montante correspondente a 10% do faturamento bruto de

cada mesa.

Por essa razão, entende ser um verdadeiro absurdo o resultado encontrado pelos autuantes, como se eles pudessem ter certeza de que todos os clientes pagaram, e integralmente, os 10% correspondentes ao preço do serviço prestado. Observa que de acordo com a planilha de fl. 101, os montantes relativos ao “valor total do serviço” e ao “valor total do serviço pago” são completamente diferentes, sendo essa diferença capaz de justificar o equívoco praticado pelo fisco no que se refere a boa parte do valor da autuação. Isso por razões óbvias: nem todos os seus clientes pagaram o serviço e alguns pagaram apenas uma parte do valor.

Lembra que as informações que utilizou são as mesmas que basearam o trabalho realizado pela fiscalização, asseverando que a única diferença residiu na atenção, na minúcia e na cautela despendidos pelos profissionais por ele contratados;

- da emissão de nota fiscal D-1: argumenta que existiram casos em que foram emitidas notas fiscais D-1, devido ao esgotamento de memória do equipamento de impressão, conforme se verifica no doc. 06 (fl. 102), correspondente ao um atestado de intervenção em ECF. Salienta que não existe qualquer irregularidade nesse procedimento, que se encontra amparado legalmente.

Diz que este fato explica a existência de registros de vendas em situação normal, consignadas através da letra “N”, em que se encontram vazios os campos previstos para preenchimento com o número da respectiva nota fiscal. E a despeito disso os autuantes indicam a ocorrência de omissões, sem ao menos analisarem toda a documentação fiscal concernente ao período fiscalizado, que fora coletada. Alega que os registros correspondentes se encontram nos HDs analisados e que as respectivas notas fiscais se encontravam à disposição da fiscalização.

Anexa às fls. 105 a 115 cópias autenticadas de notas fiscais D-1 emitidas nas circunstâncias mencionadas (SE REFEREM APENAS AO DIA 24/04/2006) exceto aquelas referentes ao exercício de 2007, em razão de se encontrarem de posse da fiscalização. Observa que de acordo com o Termo de Arrecadação (doc. 04) fora apreendida “caixa contendo talonários de notas fiscais”, nos quais se inclui o exercício de 2007, o que representou cerceamento do direito de defesa do contribuinte, implicando na nulidade do Auto de Infração;

- das transferências de contas realizadas: esclarece que em conformidade com prática que se verifica no mercado em que atua, possui em seu estabelecimento mesas e espaços destinados à espera por outra mesa em seu salão principal. Desse modo, se o cliente desejar beber um aperitivo ou degustar uma entrada antes do almoço ou jantar, ou, ainda, se o salão principal se encontrar lotado, o cliente é conduzido para mesas de espera nos dois bares existentes. Frisa que em qualquer hipótese o estabelecimento comercial é um só.

Nessas situações ocorre uma transferência da conta de uma mesa para outra, registrando-se o consumo em uma mesa, com a informação no sistema de que se dera a referida operação, com a abertura de nova conta, na qual se inclui o valor total da primeira conta. Assevera que o sistema de transferência de mesa é comum em todos os bares e restaurantes do país.

Registra que em vários casos o valor relativo à primeira conta foi contabilizado em duplicidade pela fiscalização, significando que o valor atinente à primeira mesa foi computado por duas vezes, o que se constitui em equívoco lamentável, a merecer reparação, o que requer;

- dos demais equívocos praticados: destaca que de acordo com as planilhas que anexou, os valores referentes às “saídas totais de saídas tributadas” diverge muito pouco dos valores constantes nos demonstrativos fiscais, identificados como “saídas tributadas”. Ressalta que tais diferenças resultam do fato de a fiscalização equivocadamente considerar como saída tributada o

faturamento bruto do estabelecimento.

Salienta que deve ser considerado, também, que o encerramento das vendas realizadas pelo ECF (equipamento emissor de cupom fiscal), através da redução Z ocorrer às 24:00 horas de cada dia, enquanto que pelo sistema Colibri o fechamento se faz pelo período, o que justifica parte das diferenças mínimas verificadas em cada mês.

Outra inconsistência apontada se refere à indicação das saídas tributadas para o mês de fevereiro de 2006, quando ocorreu um erro de digitação, pois onde se lê o valor de R\$ 429.587,25, deve-se ler R\$ 492.587,25, muito embora o valor efetivo corresponda a R\$ 453.944,28. Já no mês de junho de 2006, acredita que ocorrido confusão com o faturamento de outro mês, provavelmente agosto. Alega que tais equívocos tornam indispensável a realização da requerida perícia contábil, por se mostrar em um dever constitucional.

Ao se reportar sobre a multa aplicada, argui ser indevida, uma vez que não ocorreu o descumprimento de qualquer obrigação por parte do impugnante. Considera, além disso, que deve ser minorada, tendo em vista no patamar de 100% mostra-se confiscatória.

Acrescenta que o STF (Supremo Tribunal Federal) vem entendendo que sanções pecuniárias semelhantes têm caráter confiscatório, por violar os princípios constitucionais do não-confisco, da proporcionalidade e da capacidade contributiva, conforme decisões que transcreveu.

Aduz que a doutrina pátria também segue essa linha, tendo em vista que não há razoabilidade na imposição de uma multa que corresponde ao valor do próprio imposto, fazendo com que este duplique, mesmo porque esse fato caracteriza enriquecimento ilícito do Estado, em detrimento do contribuinte. Nesse sentido, apresenta o ensinamento de Sacha Calmon Navarro Coelho a respeito do tema.

Afirma que, inclusive, o STF firmou entendimento de que apenas sanções tributárias que não ultrapassem o limite de 20% sobre o tributo devido não têm caráter confiscatório, de acordo com decisão atinente ao processo nº. 239.964-4. Por essa razão, ainda que ultrapassadas as questões anteriormente levantadas, espera que seja reconhecido o caráter confiscatório da multa, com a sua supressão ou, alternativamente, com a sua redução para 20% do valor do tributo.

Finalizando, assevera que as irregularidades verificadas no procedimento fiscal devem ser reparadas, tendo em vista que a manutenção da autuação significa fazer tabula rasa da equidade, da legalidade e até mesmo do princípio da justiça. Requer, assim, que o lançamento seja julgado nulo, ante o cerceamento de defesa verificado e a ofensa ao contraditório e à ampla defesa. Não sendo esse o entendimento do órgão julgador, que então seja o Auto de Infração julgado improcedente, com sua consequente anulação, por falta de elementos a sustentá-lo.

Admitindo a remota possibilidade desses pedidos não serem acolhidos, requer seja reconhecido o caráter confiscatório da multa aplicada, determinando a sua exclusão, ou, na pior das hipóteses, a sua redução para 20%.

Diante da necessidade de apuração das incorreções apontadas e quantificações dos valores consignados na autuação, com amparo no § 3º do art. 123 e no art. 145 do RPAF/99, requer a realização de perícia contábil por Auditor Fiscal estranho ao feito, nomeando perita assistente a senhora Sandra Lúcia de Carvalho Sena e apresentando os seguintes quesitos:

- 1) a documentação fiscal do impugnante que se encontra sob a guarda da SEFAZ/BA é necessária ao exercício do seu direito de defesa?
- 2) as incorreções indicadas pelo autuado são procedentes?

3) nos períodos de ocorrência objeto da ação fiscal pode o perito discriminar os valores do faturamento bruto (saída total), da saída tributada e da saída não tributada, bem como o valor pago pelos serviços prestados? Pode discriminar os valores atinentes a cancelamentos e transferências?

4) existe algum valor efetivamente devido pelo autuado, considerando as incorreções apontadas na peça defensiva? Em caso positivo, o perito possui elementos capazes para efetivar a sua quantificação?

Diante do cerceamento ao seu direito de defesa, ressalta o direito de apresentar as justificativas e esclarecimentos que porventura se façam necessários em relação a todos os pontos eventualmente levantados na perícia.

Sob as penas da lei, declara a autenticidade dos documentos anexados, muito embora a grande maioria tenha sido apresentada através de cópia autenticada, de modo que caso venham a ser impugnados requer, desde logo, prazo para a apresentação dos originais.

Um dos autuantes prestou informação fiscal às fls. 144/145, salientando que o Auto de Infração se encontra revestidos de todas as formalidades legais exigidas, encontrando-se perfeitamente identificados a infração, o infrator e o valor do ICMS reclamado.

Rechaça a alegação de cerceamento do direito de defesa, afirmando que foram entregues, ao impugnante, cópias de todos os mapas e planilhas, através de CD (fls. 50/51), procedimento adotado para atender o rigor da legislação, tendo em vista que o contribuinte dispõe de todas as informações necessárias, inclusive dos arquivos originais objeto da extração dos dados efetivada pela Perícia Técnica, assim como os arquivos originais das DMAs apresentadas mês a mês à SEFAZ.

Ressalta que os valores apurados encontram-se devidamente demonstrados nas planilhas de fls. 06 e 07, que foram recebidas pelo autuado, em confronto com as informações prestadas pelo contribuinte à SEFAZ através das DMAs, tendo sido deduzidos os valores recolhidos, conforme se verifica nos documentos às fls. 12 e 13 [extratos da arrecadação].

Afirma não ter identificado demonstrativos capazes de comprovar as informações prestadas, nem em relação às notas fiscais D-1. Diz que, assim sendo, não tendo o impugnante elidido o lançamento, sugere que o Auto de Infração seja julgado procedente.

A 1ª JJF converteu o PAF em diligência à IFEP/COMÉRCIO (fls.149/150), para que Auditor Fiscal estranho ao feito realizasse uma revisão do lançamento, adotando as seguintes providências:

1) intimasse o autuado a apontar, de forma objetiva, quais as inconsistências que sugere existirem nos dados apurados através do laudo pericial e que serviram de base à autuação, realizando posteriormente, se for o caso, os ajustes pertinentes;

2) efetuasse uma revisão nas planilhas acostadas aos autos, efetuando uma crítica no que se refere a todas as inconsistências apontadas na defesa e nas demais que porventura fossem indicadas pelo contribuinte, elaborando novas planilhas, com os correspondentes ajustes;

3) com base nos documentos e livros fiscais, além de outros elementos a serem apresentados pelo contribuinte mediante intimação, elaborasse demonstrativo relativo a cada período autuado, indicando os valores e percentuais correspondentes às entradas de mercadorias, em relação às operações isentas, não tributadas e/ou sujeitas à antecipação ou substituição tributária, bem como às tributadas normalmente;

4) elaborasse novo Demonstrativo de Débito, tomando por base todas as modificações implementadas, inclusive adotando a proporcionalidade concernente às operações com

mercadorias tributadas normalmente, e excluindo os valores devidamente comprovados referentes às gorjetas e aos valores lançados em duplicidade concernentes às transferências de mesas.

O autuado foi intimado pelo diligenciador (fl.211), oportunidade na qual apresentou duas manifestações, constantes das fls. 211-A a 215 e 271/272 dos autos.

O diligenciador se pronunciou (fls. 287/288 – volume II) consignando que após a análise do processo com vistas ao atendimento da diligência solicitada tem a informar o seguinte:

- com relação à solicitação contida no item 1 da diligência - “1) intime o autuado a apontar, de forma objetiva, quais as inconsistências que sugere existirem nos dados apurados através do laudo pericial e que serviram de base à autuação, realizando posteriormente, se for o caso, os ajustes pertinentes; ”- o representante do autuado apresentou informações (fls. 211-A/215) onde alega basicamente que no demonstrativo de fls. 06 e 07 o autuante ao invés de subtrair das Saídas Totais o valor do serviço nela incluído, somou tais valores. Alega também que não foram excluídas das referidas saídas totais, as saídas não tributadas;

- com relação ao item 2 da diligência – “ 2) efetue uma revisão nas planilhas acostadas aos autos, efetuando uma crítica no que se refere a todas as inconsistências apontadas na defesa e nas demais que porventura sejam indicadas pelo contribuinte, elaborando novas planilhas, com os correspondentes ajustes; ” – efetuou uma análise dos demonstrativos anexados às fls. 05 a 07, os quais serviram de base à atuação, tendo verificado as seguintes inconsistências:

1. Na planilha de fl. 05 denominada “vendas SQL 2006 a 2007” o autuante não excluiu o valor do serviço das saídas totais. Pelo contrário somou tais valores. Tampouco verificou se o valor do serviço teria sido efetivamente pago.

2. No demonstrativo de fl. 06, além de considerar os valores das saídas totais sem as correções citadas no item 1, lançou como valores relativos ao mês de junho de 2006 os dados relativos ao mês de agosto de 2006. Da mesma forma procedeu com relação ao demonstrativo de 2007 (fl. 07).

- com relação ao item 3 da diligência – “3) com base nos documentos e livros fiscais, além de outros elementos a serem apresentados pelo contribuinte mediante intimação, elabore demonstrativo relativo a cada período autuado, indicando os valores e percentuais correspondentes às entradas de mercadorias, em relação às operações isentas, não tributadas e/ou sujeitas à antecipação ou substituição tributária, bem como às tributadas normalmente;” – esclarece que:

“1. Após a análise do relatório denominado “HEADERVENDAGERAL777”, contido no arquivo “Equipe_3.mdb”, constante no CD anexado às fl. 51, elaboramos o demonstrativo mensal das saídas totais e do valor do serviço efetivamente pago, denominado “Trapiche- HEADERVENDAGERAL777-2006-2007” ora anexado em meio digital, onde consta o Resumo Mensal, anexado às fl. 289;

2. O passo seguinte consistiu na elaboração do “Demonstrativo do faturamento mensal e apuração do Imposto” relativo aos exercícios de 2006 e 2007, os quais resultaram em novos valores do ICMS Devido. As saídas oferecidas à tributação correspondem ao valor contábil registrado no livro de saídas e incluem o valor relativo às mercadorias “isentas” e “outras”. Tais demonstrativos estão anexados às fl. 290 e 291;

3. Por fim, elaboramos um novo demonstrativo de débito relativo à infração 01-02.11.12, anexado à fl. 292.”

Conclui dizendo que evidenciou que todos os demonstrativos estão anexados em meio eletrônico conforme CD acostado à fl. 293 e com cópia que deverá ser entregue ao autuado ou seu representante, mediante recibo acostado à fl. 294 dos autos. Também que evidenciou que todos os demonstrativos estão anexados em meio eletrônico conforme CD acostado à fl. 597 e com cópia que deverá ser entregue ao autuado ou seu representante, mediante recibo à fl. 598.

O autuado foi cientificado do resultado da diligência e se manifestou (fls.298 a 302 – volume II) tendo consignado que, conforme se verifica da análise da nova Informação Fiscal elaborada pelo autuante, anexada à supracitada Intimação, o Auditor Fiscal reduziu significativamente o valor do

Auto de Infração, ampliando a parte incontroversa da autuação.

Ressalta que do valor originalmente exigido de R\$ 37.649,46 a discussão remanesce, no valor de R\$ 6.132,60.

Diz que, nesse contexto, reitera todos os termos e pedidos constantes na impugnação e demais manifestações apresentadas, cumprindo, porém, tecer algumas considerações, nos itens seguintes.

Primeiramente, ratifica a afirmação de que os registros contábeis e recolhimentos realizados foram feitos de forma correta, como faz prova a documentação já acostada aos presentes autos, não apenas no período objeto da autuação, mas em qualquer outro, não havendo sequer indício da prática da infração que lhe é imputada.

Alega que, por isso, se tivesse sido objeto de análise devida, a documentação referida jamais teria conduzido à lavratura deste ou de qualquer outro Auto de Infração pelo Fisco estadual.

Afirma que evidenciou através das manifestações acostadas aos autos, a existência de uma série de inconsistências na autuação, originada a partir de ação fiscal procedida pela Secretaria de Fazenda deste Estado - “Operação Tesouro” -, encetada em combate a supostas fraudes.

Aduz que a partir do sobredito procedimento, veio a ser notificado por suposto descumprimento de obrigação principal, praticada mediante “ação ou omissão fraudulenta diversa das especificadas expressamente em lei”.

Assevera que conforme oportunamente esclarecido, decididamente, não foram fornecidas informações suficientes à elaboração de sua defesa, já que não são estas extraíveis do Auto de Infração e dos deficientes resumos planilhados de números “organizados” aleatoriamente, fornecidos pela fiscalização. Salienta que o mesmo se diga da última planilha apresentada pelo Auditor Fiscal, através da qual permanece a dificuldade presente no perpétuo jogo de “tentativa e erro” que se vê obrigado a exercitar diante da dificuldade em “adivinhar” o raciocínio desenvolvido pela autoridade fiscal.

Frisa que apontou, ainda, que à época da autuação o Laudo da Polícia Técnica ainda não havia sido concluído, quando, segundo afirmação das autoridades que formalizaram o Auto de Infração, teria sido a perícia realizada pela polícia civil o objeto central do trabalho que culminou no lançamento enfrentado.

Consigna que esclareceu, também, que os valores referidos no demonstrativo anexo ao Auto de Infração como “SAÍDAS TOTAIS”, nada mais são do que o Faturamento Bruto da empresa, onde se incluiu os 10% (dez por cento) do Preço do Serviço, não tendo sido excluídas, assim, as “Saídas Não Tributadas”, decorrentes do pagamento antecipado de tributos referentes, por exemplo, a bebidas alcoólicas.

Sustenta que as SAÍDAS TOTAIS, em verdade, deveriam ter sido calculadas através do abatimento dos valores correspondentes às SAÍDAS NÃO TRIBUTADAS dos FATURAMENTOS BRUTOS, mês a mês.

Observa que no “Valor Total” indicado na planilha que anexou aos autos, já consta o “Valor do Serviço” efetivamente pago pelos seus clientes, ao contrário do que indicam as autoridades fiscais. Acrescenta que os agentes de fiscalização somaram ao “Faturamento Bruto” da empresa duas vezes o valor atinente ao “Preço do Serviço”.

Além disso, diz que no cálculo elaborado pela Fiscalização não foram considerados os cancelamentos e transferências efetuadas, valores estes que, por óbvio, não podem compor o montante atinente ao Valor Total do Faturamento da empresa.

Afirma que os equívocos não param por aqui.

Alega que a Fiscalização utilizou no somatório referido alhures (VALOR TOTAL + VALOR DO SERVIÇO) não o valor do serviço efetivamente pago pelos clientes, mas, sim, o 10% (dez por

cento) relativo ao faturamento bruto de cada mesa, como se pudessem ter a certeza de que todos os clientes que estiveram no TRAPICHE ADELAIDE COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA. no período fiscalizado, pagaram, e integralmente, os 10% (dez por cento) correspondentes ao preço do serviço que lhes foi prestado.

Menciona que existiram, ainda, casos em que acabou emitindo Nota Fiscal D-1, em razão do esgotamento de memória da máquina de impressão, o que requereu sua substituição, conforme evidencia o comprovante já anexado aos autos. Observa que também tal fato foi desconsiderado pelas autoridades fiscais.

Salienta que inclusive o Fisco considera, equivocadamente, Saída Tributada o Faturamento Bruto da empresa, assim como desconsiderou o fato de o encerramento das vendas realizadas pelo ECF - emissor de cupom fiscal através de sua função Redução Z -, se dar às 12:00 da noite de cada dia, enquanto pelo Colibri o fechamento se faz pelo período.

Aduz que, finalmente, pôde-se perceber que na indicação de Saída Tributada referente ao mês de fevereiro de 2006 restou cometido um evidente erro de digitação, devendo ser lido R\$ 492.587,25 onde tem-se R\$ 429.587,25, muito embora as Saídas Tributadas, no referido mês, tenham sido no valor de R\$ 453.944,28.

Assevera que nesse contexto, manter a autuação seria, sem sombra de dúvidas, fazer tábula rasa da equidade, da legalidade e do próprio princípio de justiça.

Reitera os termos da defesa vestibular e demais manifestações apresentadas, protestando, sucessivamente, pela declaração de nulidade do Auto de Infração, ante o cerceamento de defesa verificado, e pela improcedência do lançamento, com sua consequente anulação, em razão dos esclarecimentos apresentados, os quais mostram a ausência de elementos capazes de sustentá-lo.

Admitindo a remotíssima possibilidade de não acolhimento de nenhum dos pedidos supra, requer que os julgadores, reconhecendo o caráter confiscatório da multa de infração aplicada, determine a exclusão do seu valor, ou, na pior das hipóteses, reduza-a para 20% do valor do tributo supostamente devido.

O diligenciador cientificado da manifestação do impugnante se pronunciou (fl.314), afirmando que o autuado continua com as mesmas alegações já rechaçadas na informação fiscal de fls. 287/288.

Esclarece que os equívocos incorridos pelo autuante, quanto aos erros de digitação apontados na manifestação, já foram objeto de correção, conforme pode ser observado nas planilhas acostadas às fls. 289 a 292.

O presente PAF, que se encontrava sob a relatoria do ilustre Julgador Valmir Nogueira de Oliveira, foi redistribuído, em face ao afastamento do referido Julgador, chegando às minhas mãos para instrução e julgamento.

Na sessão de julgamento realizada em 09/06/2015, após a ilustre advogada representante do autuado exercer o direito de sustentação oral de suas razões, seguiu-se a análise e discussão, tendo os membros desta Junta de Julgamento Fiscal deliberado pela conversão do feito em diligência à INFRAZ de origem (fls. 322/323 – volume II), a fim de que o Auditor Fiscal estranho ao feito que realizara a revisão fiscal ou outro Auditor Fiscal designado adotasse as providências abaixo:

1. *Analise e se pronuncie sobre os seguintes tópicos aduzidos pelo impugnante - mesmo que alguns destes tenham sido objeto de pronunciamento anteriormente na revisão fiscal - no intuito de permitir o julgamento sem que haja alegação de cerceamento do direito de defesa, conforme alegado na sustentação oral:*

a) que não foram excluídas as “Saídas Não Tributadas”, decorrentes do pagamento antecipado de tributos referentes, por exemplo, a bebidas alcoólicas;

- b) que as *SAÍDAS TOTAIS*, em verdade, deveriam ter sido calculadas através do abatimento dos valores correspondentes às *SAÍDAS NÃO TRIBUTADAS* dos *FATURAMENTOS BRUTOS*, mês a mês;
- c) que os agentes de fiscalização somaram ao “*Faturamento Bruto*” da empresa duas vezes o valor atinente ao “*Preço do Serviço*”;
- d) que no cálculo elaborado pela Fiscalização não foram considerados os cancelamentos e transferências efetuadas, valores estes que, por óbvio, não podem compor o montante atinente ao *Valor Total do Faturamento da empresa*;
- e) que emitiu *Nota Fiscal D-1*, em razão do esgotamento de memória da máquina de impressão, o que requereu sua substituição, conforme evidencia o comprovante já anexado aos autos, fato desconsiderado pelas autoridades fiscais;
- f) que o Fisco considera, equivocadamente, *Saída Tributada* o *Faturamento Bruto* da empresa, assim como desconsiderou o fato de o encerramento das vendas realizadas pelo ECF, através de sua função Redução Z -, se dar às 12:00 da noite de cada dia, enquanto pelo *Colibri* o fechamento se faz pelo período.
2. Efetue ajustes no levantamento observando, inclusive, se for o caso, as disposições do art. 504 do RICMS/BA/97, aplicáveis na apuração da receita bruta mensal;
3. Se necessário intime o autuado para apresentar elementos que sejam indispensáveis para cumprimento da diligência;
4. Após as verificações e análises acima referidas, deverá o diligenciador, se for o caso, elaborar novos demonstrativos com as correções e ajustes que se fizerem necessários.

Em seguida, deverá o órgão competente da repartição fazendária, intimar o autuado, entregando-lhe no ato, **mediante recibo específico**, cópia do resultado da diligência – planilhas, demonstrativos e outros elementos porventura acostados aos autos - e deste termo de diligência.

Na oportunidade, deverá ser informado ao autuado da reabertura do prazo de defesa de 60 (sessenta) dias, a contar da ciência do recebimento da intimação, conforme previsto no art. 123 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF - aprovado pelo Decreto nº. 7.629/99 com a nova redação dada pelo Decreto nº 15.807, de 30/12/14, DOE de 31/12/14, efeitos a partir de 01/01/15.

Após deverá ser dada ciência ao autuante.

O Auditor Fiscal estranho ao feito que realizou a revisão fiscal anterior cumpriu a diligência (fls. 327/328 – volume II), consignando que na sua defesa mais recente, apensa às fls. 322/323 dos autos, o autuado alega vários argumentos que já haviam sido discutidos no PAF, e classificados pelos autuantes originais como protelatórios.

Manifesta o entendimento que resta claro que, apesar de não ter sido chegado a termo o inquérito policial que foi arquivado, continuaram existindo débitos fiscais decorrentes da ação fiscal desenvolvida pelos autuantes.

Diz que analisando ponto a ponto os argumentos apresentados em sua última Manifestação de fl. 322/323, observou o seguinte:

- A)** O contribuinte, apesar de ter sido intimado, deveria ter apresentado, frente a suas alegações, todas as NFs. de aquisições referentes ao lançamento nas DMAs., destacando, em sua defesa, planilha detalhada que corroborasse os pretensos créditos referentes a mercadorias sujeitas à substituição tributária, pretendidos nas DMAs. Não o fez;
- B)** a exemplo do item A acima citado, com relação a saída de mercadorias não tributadas, devido a recolhimento de tributos antecipadamente, o assunto já havia sido discutido pelos autuantes neste PAF, cabendo o mesmo procedimento, deveria ter apresentado, frente a suas alegações, todas as NFs. de aquisições referentes ao lançamento nas DMAs., destacando, em sua defesa, planilha detalhada que corroborasse os pretensos créditos referentes a mercadorias sujeitas à antecipação tributária, pretendidos nas DMAs. Não o fez;
- C)** na página 287 do PAF, o auditor Djalma relata que o autuante “*somou*” (e não excluiu) o valor dos serviços, o que beneficia o contribuinte quanto à omissão de saídas; caberia ao contribuinte apresentar comprovantes de que repassou efetivamente os valores dos serviços aos funcionários. Não o fez. Em sendo assim, concordamos plenamente com o colega autuante;
- D)** o contribuinte
- E)** deveria apresentar a comprovação dos cancelamentos e devoluções alegados. Não o fez.

- F)** as notas fiscais D-1 apresentadas foram consideradas;
- G)** A alegação é infundada. Este preposto fiscal procedeu a centenas de monitoramentos baseadas em comparação entre Reduções Z e Informações de vendas em cartões de débito/ crédito, e nunca houve a discrepância entre os dados tabulados pelas máquinas de cupons fiscais e as nossas informações, no que se refere a data e hora de fechamento;

Finaliza dizendo que assim sendo, concorda com os valores e as razões do Auto de Infração, conforme a autuação e posteriores intervenções dos autuantes no processo, não vendo razão para reintimação do autuado, o que só contribuiria para a protelação de uma decisão. Acrescenta que da mesma forma, não se vê em condições de julgar o arquivamento do processo penal vinculado à ação fiscal.

Considerando que o PAF fora encaminhado ao CONSEF sem a científicação do autuado sobre o resultado da diligência, esta JJF converteu o feito em nova diligência à INFRAZ de origem para que o autuado fosse intimado para tomar ciência do referido resultado, inclusive da reabertura do prazo de 60 dias para que se manifestasse.

O autuado se manifestou (fls. 352 a 357), discorrendo sobre o desenrolar dos fatos. Diz que inúmeros foram os desacertos promovidos pelos autuantes na condução do procedimento, conforme resumo que apresenta.

Salienta que tanto foram esses erros que durante o deslinde do feito, o montante principal inicialmente apontado no Auto de Infração de R\$ 37.646,46 foi reduzido para R\$ 6.132,60, ou seja, reduzido em aproximadamente 84%.

Afirma que apesar disso, esse crédito tributário de R\$ 6.132,60 também inexiste. Alega que o diligenciador se limitou a infirmar que a empresa “não o fez” repetidas vezes, sugerindo que os documentos pertinentes não teriam sido apresentados, quando todos os registros solicitados foram apresentados.

Finaliza a Manifestação reiterando todos os termos e pedidos constantes na Defesa inicial e demais manifestações, a fim de que seja julgado improcedente o lançamento, ou, na eventualidade que seja observado o caráter confiscatório da multa imposta, reduzindo-a ao patamar de 20% do débito, que atualmente foi reconhecidamente diminuído para R\$ 6.132,60 pela Fiscalização.

O Auditor Fiscal estranho ao feito científico da Manifestação do autuado se pronunciou (fls. 360 a 367 – volume II). Após discorrer sobre os fatos ocorridos do início da acusação fiscal até a diligência de fls. 322/323, apresenta respostas sobre as questões aduzidas pelo impugnante na Manifestação sobre o resultado da referida diligência, conforme abaixo:

a) Que não foram excluídas as “Saídas Não Tributadas”, decorrentes do pagamento antecipado de tributos referentes, por exemplo, a bebidas alcoólicas;

Afirma que do cotejo do demonstrativo da apuração do ICMS a recolher, elaborado pelo autuado, fl. 103, com os demonstrativos do Auditor Fiscal estranho ao feito, fls. 290/291, isto não se comprova. Observa que as colunas “SAÍDAS TOTAIS” (fl.103) e “Saídas Tributadas(3)” (fls. 290/291) são os mesmos valores.

b) Que as SAÍDAS TOTAIS, em verdade, deveriam ter sido calculadas através do abatimento dos valores correspondentes às SAÍDAS NÃO TRIBUTADAS dos FATURAMENTOS BRUTOS, mês a mês;

Diz que segundo análise dos registros do relatório “HEADERVENDASGERAL777”, que integra o arquivo “Equipe_3.mdb”, fl. 51 (mídia) transrito à fl. 289, o “VL_TOTAL” engloba todos os valores comandados às mesas, sejam eles correspondentes a mercadorias tributadas ou

isentas/substituídas.

Assinala que o mesmo ocorre com os valores levados a “SAÍDAS TOTAL”, fl. 103, elaborado pelo autuado com base nas saídas registradas no livro Registro de Saídas.

Conclusivamente, diz que o procedimento adotado pelo Auditor Fiscal estranho ao feito, fls. 290/291, s.m.j., mostra-se correto à exceção da apuração final do “ICMS Devido”, pois em seu entender não obedeceu ao que determina a Instrução Normativa n. 56/2007, cujo teor reproduz.

Diz que dessa forma, a utilização dos valores “SAÍDAS TRIBUTADAS” x FATURAMENTO BRUTO, (leia-se: SAÍDAS TOTAIS) faz-se necessária no caso de ser apurado ICMS a recolher sobre a omissão apurada. Acrescenta que neste caso seria aplicado sobre o valor apurado a título de “ICMS Devido”, fls. 290/291), a proporcionalidade das “SAÍDAS TRIBUTADAS”.

Diz que assiste razão em parte ao impugnante, contudo, após esta revisão novos demonstrativos foram elaborados e não se fez necessário tal procedimento, exceto no caso de decisão pela manutenção do serviço nas “Rec. Total”, quando foram apurados ICMS a recolher diminuto nos meses de fevereiro e março de 2006, no caso R\$ 54,73 e R\$ 148,54.

c) Que os agentes de fiscalização somaram ao “Faturamento Bruto” da empresa duas vezes o valor atinente ao “Preço do Serviço”;

Diz que procede a alegação defensiva, mas isto quanto ao lançamento inicial, fl. 05, promovidos pelos autuantes, posteriormente transcrita para os “DEMONSTRATIVOS DE VENDAS – EXERCÍCIOS XXXX” por eles mesmos.

Afirma que na sequência das revisões isto não mais ocorreu.

Explica que essa inconsistência foi sanada pelo Auditor Fiscal estranho ao feito nos demonstrativos de fls. 290/291, tendo como base o demonstrativo de fl. 289, cuja origem é esclarecida à fl. 288. Acrescenta que também estão excluídos no primeiro demonstrativo elaborado na sua Informação Fiscal, inserido acima.

d) Que no cálculo elaborado pela Fiscalização não foram considerados os cancelamentos e transferências efetuadas, valores estes que, por óbvio, não podem compor o montante atinente ao Valor Total do Faturamento da empresa;

Registra que desconhece esse procedimento por bares, restaurantes, lanchonetes, *delicatessen*, etc.

Diz que é um procedimento difícil ou mesmo que não se comprova documentalmente, pelo menos inexistindo provas nos autos admissíveis em direito. Acrescenta que se trata de mero registro, que abate valores da “VL_TOTAL” e em percentuais sempre acima de 10%, chegando a 26% no mês de maio de 2007.

Salienta que transferência de mesa que gera cancelamento e reabertura de nova despesa mantendo a anterior (valores do consumo), cancelamento que não se estorna o valor da receita, não há provas disso nos autos, apenas alegação defensiva. Acrescenta que a Fiscalização não aceitou este argumento defensivo, conforme demonstrativos de fls. 6/7 dos autuantes e 290/291 do Auditor Fiscal estranho ao feito.

Diz que apurou os mesmos valores apurados pelo Auditor Fiscal estranho ao feito conforme declarado na sua diligência de fls. 317/318.

Conclusivamente, diz que elaborou novo demonstrativo (“o terceiro na ordem acima inserido”) adotando tão somente o previsto na Instrução Normativa n. 56/2007, proporcionalidade esta apurada na forma das declarações de apuração do autuado, fls. 103/104, ou seja, “SAÍDAS TRIBUTADAS” / “SAÍDAS TOTAIS”, sendo simples assim. Acrescenta que na ordem de mês os percentuais apurados foram: 92.2506075% (02/2006); 92,4463839% (03/2006); 92,2070356% (04/2006); 93,.9675773% (09/2007).

e) Que emitiu Nota Fiscal D-1, em razão do esgotamento de memória da máquina de impressão, o que requereu sua substituição, conforme evidencia o comprovante já anexado aos autos, fato desconsiderado pelas autoridades fiscais;

Assevera que é uma alegação totalmente descabida. Diz que o cotejo realizado pelos autuantes, depois pelo Auditor Fiscal estranho ao feito revisor, e agora em sua Informação Fiscal, é dos valores capturados no HD com os valores registrados na escrita fiscal do autuado, no caso livro Registro de Saídas, apurado segundo seus demonstrativos de fl. 103. Ou seja, os valores das saídas mediante Nota Fiscal D-1 estão incluídos no faturamento bruto do autuado, ou pelo menos devem estar, intitulado “SAÍDAS TOTAL”, fl. 103, e este foi devidamente transscrito para todos os demonstrativos elaborados pelos Auditores Fiscais que lavraram e participaram no presente PAF até agora.

Diz que é uma alegação totalmente infundada e sem trazer provas aos autos demonstrando claramente o valor considerado pelos Auditores Fiscais e os que deveriam ter sido considerados e não foram.

Salienta que todas as provas dos valores utilizados nos demonstrativos elaborados pelos prepostos da SEFAZ/BA se encontram nos autos e de fácil comprovação.

f) Que o Fisco considera, equivocadamente, Saída Tributada o Faturamento Bruto da empresa, assim como desconsiderou o fato de o encerramento das vendas realizadas pelo ECF, através de sua função Redução Z -, se dar às 12:00 da noite de cada dia, enquanto pelo Colibri o fechamento se faz pelo período.

Afirma que o autuado não apontou em qual demonstrativo a Fiscalização considerou “equivocadamente” “Saídas Tributadas” e “Faturamento Bruto”. Diz que provavelmente deve estar se referindo ao demonstrativo inicial elaborado pelos autuantes, mas o “erro” ocorreu ao nominar a “coluna” do demonstrativo de fls. 06/07.

Diz que no entanto, os valores inseridos estão corretos, capturados no livro Registro de Saídas/DMA e, também, declarados pelo autuado à fl. 103, à exceção do erro de inserção referente ao mês de fevereiro de 2006, pois inseriu R\$ 429.587,25 quando o correto é R\$ 492.077,28. Diz que este erro foi devidamente retificado nos demonstrativos do Auditor Fiscal estranho ao feito, assim como no seu demonstrativo agora apresentado.

Presente na sessão de julgamento o ilustre patrono do autuado, advogado Renato Bastos Brito, OAB/BA nº. 19.746, o qual exerceu o direito de sustentação oral de suas razões.

VOTO

Versa o Auto de Infração em exame sobre o cometimento de infração à legislação do ICMS imputada ao autuado decorrente de descumprimento de obrigação principal se constatando ação ou omissão fraudulenta diversa das especificadas expressamente em lei.

No caso a supressão de tributo foi constatada mediante verificação de utilização de *software* que permite ao usuário a desativação do ECF, possibilitando que uma operação de venda seja registrada em seu banco de dados sem o correspondente envio ao *software* básico do ECF do comando de impressão.

Consta no campo “Descrição dos Fatos” do Auto de Infração o registro de que a omissão de saídas de mercadorias tributáveis foi apurada através de perícia em HDs apreendidos de computadores de propriedade do contribuinte, quando a perícia técnica foi realizada pela Polícia Civil e pela Secretaria da Fazenda, conforme demonstrativos constantes das planilhas anexadas.

Inicialmente, no tange as arguições de nulidades suscitadas pelo impugnante, não vislumbro nos autos como possa prosperar a pretensão defensiva, haja vista a inexistência de qualquer ofensa ao

devido processo legal, direito à ampla defesa e ao contraditório, registre-se, exercido em sua plenitude pelo autuado.

No presente caso, além da Defesa vestibular apresentada pelo impugnante e suas Manifestações posteriores, assim como Informações Fiscais prestadas pelos autuantes, esta Junta de Julgamento Fiscal, na busca incessante da verdade material, converteu o feito em diligência em diversas oportunidades para que Auditor Fiscal estranho ao feito realizasse revisão fiscal em face às alegações defensivas, inclusive concedendo o prazo de 60 (sessenta) dias para que o autuado se manifestasse sobre os resultados apresentados, conforme se manifestou.

Observo que a alegação do autuado quanto ao Laudo Pericial não trouxe qualquer prejuízo ao seu direito à ampla defesa e ao contraditório, haja vista que lhe foi entregue o CD contendo as planilhas e demonstrativos elaborados pela Fiscalização.

Diante do exposto, não acolho as nulidades suscitadas pelo impugnante, haja vista que todos os elementos constantes nos autos, levam à segurança quanto à identificação da infração, do infrator, do montante exigido, tendo sido observados os ditames previstos no Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, especialmente no seu art. 39 relativo ao conteúdo do Auto de Infração, inociorrendo quaisquer das hipóteses previstas no art. 18 do referido diploma regulamentar processual capaz de invalidar o lançamento de ofício em questão.

Em face às diligências realizadas, considero neste momento desnecessária a realização de uma nova diligência, haja vista que os elementos existentes nos autos permitem se chegar à solução da lide, consoante o art. 147, inciso I, alínea “a”, do RPAF/BA/99.

Do mesmo modo, com fundamento no art. 147, II, “a”, do RPAF/BA/99, indefiro o pedido de realização de perícia, haja vista a desnecessidade de participação de perito técnico no presente caso, considerando que a matéria é de conhecimento dos julgadores que compõem esta JJF.

No mérito, conforme dito, o autuado está sendo acusado de deixar de apurar e recolher imposto *constatado em ação fraudulenta diversa das especificadas expressamente em lei*. Na descrição dos fatos foi indicado que se trata de omissão de saída de mercadorias apurada em perícia no HD apreendido do estabelecimento autuado que foi realizada por peritos da Policial Civil e da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, tendo sido constatado que o *software* utilizado pelo autuado, registrava operações de vendas no seu HD (banco de dados), mas não enviava estes dados para o comando de impressão do seu ECF, sendo exigido imposto relativo aos valores de vendas não oferecidos à tributação, conforme planilhas juntadas aos autos. Assim sendo, o imposto exigido foi apurado por meio de levantamento fiscal dos dados das vendas registradas no HD do computador do estabelecimento autuado, e o próprio enquadramento da infração denota isso.

No presente caso, após um longo caminho percorrido pelo presente processo, considero que os ajustes e correções feitos nas revisões fiscais realizadas pelos Auditores Fiscais estranhos ao feito que cumpriram as diligências solicitadas por esta JJF, abordando todos os aspectos aduzidos pelo impugnante, especialmente as inconsistências apontadas, resultaram no valor do ICMS efetivamente devido.

Assim é que, na primeira diligência revisional solicitada por esta JJF, o Auditor Fiscal estranho ao feito que realizou a revisão fiscal, trouxe como resultado a redução substancial do valor originalmente exigido no Auto de Infração de R\$ 37.649,46 para R\$ 6.132,60, conforme demonstrativos que elaborou acostados às fls. 287 a 292 dos autos.

Por outro lado, em face ainda às alegações defensivas, esta JJF converteu o feito em nova diligência para que Auditor Fiscal estranho ao feito se pronunciasse sobre as referidas alegações, sendo que o segundo Auditor Fiscal estranho ao feito designado para cumprimento da diligência abordou todas as questões aduzidas pelo impugnante, cujas respostas concordam, inclusive com a necessidade de aplicação da proporcionalidade entre as receitas isentas/não tributáveis e as receitas tributáveis.

Assinalo, apenas, que descabe a aplicação da proporcionalidade com fundamento na Instrução Normativa n. 56/2007 - conforme aduzido pelo diligenciador - haja vista que a aplicação da proporcionalidade prevista na referida Instrução Normativa somente é admitida nos casos de presunção, sendo certo que, no presente caso, não se trata de presunção, pois o levantamento fiscal decorreu de descumprimento de obrigação tributária principal, em face à ação ou omissão fraudulenta de natureza grave, diversa das especificadas em lei. Apesar de resultar do confronto entre os valores capturados no equipamento do contribuinte e os valores informados pelas administradoras de cartões de crédito/débito, não se trata de hipótese de presunção legal decorrente de omissões verificadas em auditoria de caixa ou de cartões de crédito/débito, previstas no art. 4º, § 4º, Lei nº 7.014/96.

Na realidade, a jurisprudência desse CONSEF aponta no sentido de admissibilidade de utilização da proporcionalidade sempre que a receita omitida apurada não permitir a identificação segregada de sua origem, devendo ser aplicada a proporcionalidade entre as receitas isentas e as tributáveis.

Diante disso, aplicada a proporcionalidade nos percentuais apurados pelo Auditor Fiscal estranho ao feito que cumpriu a segunda diligência, no caso 92.2506075% referente ao período de 28/02/2006, 92,4463839% referente ao período de 31/03/2006, 92,2070356% referente ao período de 30/04/2006, 93,9675773% referente ao período de 30/09/2007, o valor do ICMS após a primeira revisão fiscal realizada passa de R\$ 6.132,60 para R\$ 5.690,72, conforme o terceiro demonstrativo que elaborou de fl. 363, ficando o demonstrativo de débito com a seguinte conformação:

Data de Ocorrência	ICMS julgado (R\$)
28/02/2006	1.775,89
31/03/2006	1.369,52
30/04/2006	855,89
30/09/2007	1.689,42
TOTAL	5.690,72

Cabível consignar que a matéria de que cuida o presente Auto de Infração já foi objeto de diversas decisões no âmbito desse CONSEF, a exemplo do Acórdão CJF Nº. 0050-11/20 cuja ementa reproduzo abaixo a título ilustrativo:

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0050-11/20

EMENTA: ICMS. EQUIPAMENTO EMISSOR DE CUPOM FISCAL (ECF). UTILIZAÇÃO IRREGULAR DE SOFTWARE QUE PERMITE DESATIVAÇÃO DO ECF. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Restou comprovado que o débito exigido decorre da diferença entre os valores registrados em banco de dados

constante do HD do computador apreendido no estabelecimento autuado sem o correspondente envio ao software básico do ECF do comando de impressão fiscal e os valores oferecidos à tributação. Rejeitadas às preliminares de nulidades suscitadas. Indeferidos os pedidos de revisão fiscal e diligência. Acolhida a alegação de proporcionalidade. Infração parcialmente elidida. Modificada a Decisão recorrida. Recurso PROVADO EM PARTE. Decisão por maioria.

Diante do exposto, a infração é parcialmente procedente, pois restou demonstrada a omissão ou supressão de tributo mediante utilização de *software* que permitiu ao autuado a desativação do ECF, possibilitando que uma operação de venda fosse registrada em seu banco de dados sem o correspondente envio ao *software básico* do ECF do comando de impressão do cupom fiscal.

No tocante à conversão da multa de 100% para 70% ou mesmo sua redução para 20%, conforme pretendido pelo impugnante, certamente que por se tratar de multa por descumprimento de obrigação principal, a sua dispensa ou redução ao apelo da equidade, é de competência da Câmara Superior deste CONSEF, falecendo competência a esta JJF à sua apreciação.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração n.º 128859.0212/08-9, lavrado contra **TRAPICHE-ADELAIDE COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 5.690,72**, acrescido da multa de 100%, prevista no art. 42, IV, “J”, da Lei n.º 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 04 de setembro de 2023.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

LUIS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA – JULGADOR

OLEGÁRIO MIGUEZ GONZALEZ – JULGADOR